المهمات

في شرح الروضة والرافعي

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة
جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي
رحمه الله
ت/ ٧٧٢ هـ

اعتنى به

أبو الفضل الدمياطي
أحمد بن علي
عفا الله عنه

الجزء الثامن

مركز التراث الثقافي المغربي
دار ابن حزم

بسم الله الرحمن الرحيم

المهمات

في شرح الروضة والرافعي

٨

الطبعة الأولى

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

9789953817408

ISBN 978-9953-81-740-8

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

كتاب «العدد»

أما عدة الطلاق ففيها بابان الأول في «كيفية عدة الطلاق» .

قـوله : في كيـفـية وقـوع اسم القـروء على الطهـر والحـيض وجهـان : أحدهمـا : أنه حقيقـة في الطهر، وأصحـهما : أنه حقـيقة فـيهما والوجـهان مبنيان على أنه يعتبر في اللفظ خصوص المعنيين ، وأنه ليس عبارة عن المعنى المشترك بينهما، وإذا كان وقوعه عليهـما كوقوع الحيوان على الإنسان وغيره لم يكن حقيقـة في أحدهما، مجازاً في الآخر ولا مشتركـاً بينهما ، ثم قال : هذا مـا يتـعلق بـاللفظ في اللغـة ، وأمـا في العـدة فـالمراد بالأقـراء عندنا : الأطهـار، ويروى أن الشافـعي رضي الله عنـه، وأبا عبـيـد القاسم بن سـلام تناظرا في القروء وكان الشافعي [يرى] (١) أنه الحيض ،وأبو عبيد أنه الطهر، فلم يزل كل واحـد منهمـا يقرر قـوله حتى تفـرقا وانتحـل كل واحد منهـما مذهب صاحبه ،وتأثر بما أورده من الشواهد ، وهذه الحكاية تقتضي أن يكون للشـافعي قـول قـديم أو حديث يوافق مـذهب أبى حنيـفة في أنه الحـيض . انتهى ملخصاً .

وهذا القول المذكور في آخر كلام الرافعي لم يتعرض له في «الروضة»، وأبو عبـيد المذكور ليس في آخـره تاء التأنيث بخلاف أبى عـبيدة معـمر بن المثنى ، توفي الأول مـجاوراً بمكة شـرفهـا الله تعـالى سنة أربع وعشـرين ومائتين، وعـمره سبع وستـون سنة، وأما أبو عبـيدة بالتاء توفي سنة عـشر ومائتين وقد قارب المائة وهو شيخ الأول .

قـوله : ثم الطهـر المفسـر به القـروء هل هو المحتـوش بـدمين أم مجـرد الانتقال إلى الحيض ؟

---

(١) زيادة ليست في الاصل .

إلى آخره .

هذه مسأله قد اضطرب فيها ترجيح النووي وقد تقدم إيضاحه مع فوائد أخرى في الباب الأول من أبواب الطلاق .

قوله : وإن أعتقت الأمة المطلقة في العدة ،فإن كانت رجعية فالقول الجيد وأحد قولي القديم أنه يجب عليها تكميل عدة حرة، وإن كانت بائنة فقولان ،القديم وأحد قولي الجديد أنها تقتصر على عدة أمة وهو أصح في ما ذكره صاحب «التهذيب» وجماعة والثاني : من قولي الجديد : تكمل عدة الحرائر واختاره المزني، وصححه أبو إسحاق والمحاملي ،وصاحب «المهذب» وغيرهما . انتهى ملخصاً .

لم يصحح شيئاً في «المحرر» ينافي المسألة الثانية ، بل قال : فالقديم وأحد قولي الجديد أنها تقنع بقرءين هذا لفظه.

وحاصله أن في الجديد قولين : أحدهما موافق للقديم ،وقد صحح النووي في أصل «المنهاج» ،وأصل «الروضة» أيضاً أنها تعتد بعدة أمة وهو غريب، فإن «المحرر» لا ترجيح فيه بالكلية وأما «الشرح» فإن لم يؤخذ منه العكس فلا يؤخذ منه ترجيح لشيء، غير أن ما صححه هو مقتضى إيراده في «الشرح الصغير» ،ثم إنه عبر في «الروضة» عند ترجيحه له بأنه الجديد، وذلك يقتضي أن يكون مقابله قديم، وليس كذلك، بل مقابله أيضاً جديد .

قوله : ولو طلق العبد زوجته طلاقاً رجعياً فعتقت في العدة فقد مر في خيار العتق أن لها أن تفسخ في الحال أو تؤخر وأنها وإن فسخت فتستأنف عدة أخرى أو تبني على تلك العدة ؟ فيه خلاف يذكر فيما إذا طلق الرجعية طلقة أخرى، وعن أبي إسحاق وغيره القطع بأنها تبني ويجري الطريقان فيما لو أخرت الفسخ حتى راجعها الزوج ،ثم فسخت قبل الدخول .

قال في «التتمة» : والمذهب أنها تستأنف لأن الفسخ سبب لانقضاء

العدة . انتهى كلامه .

وما نقله عن «التـتمة» من تصحـيح الاستئناف قد صحـحه النووي في أصل «الروضة» إذا علمت ذلك ،فاعلم أن هذه الـطريقة التى نقلها عن أبى إسحاق في آخـر كلامه غلط عجيب لا يلائم مـا قبلها، لأنه تكلم أولاً هل تبني أو تستأنف ؟ ثم شرع بعد ذلك في كلام آخر، وهو التفريع على البناء وعلى الاستـئناف فكيف يصح أن يحكى طريقة بالبناء والاسـتئناف في أثناء هذا التفريع، فإن الكلام ليس فيه ، فـراجع لفظه تجده غير منتظم ،وبتقدير أن لا يكون عائداً على ما قبله ،بل على أصل المسألة ، فلا تصح أيضاً لأنه إن أراد ما إذا فسخت قـبل الرجعة فقد نقل هو عن أبى إسحـاق فيه عكسه وهو القطع بالبناء، وإن أراد الفسخ بعدها، فقد حكى أيضاً أن فيه الطريقين وأحدهما : مـا نقله عن إسحاق وهو القطع بالبناء ، وبتـقدير انتظام الكلام وصحـة الحكم، فالتـعليل الذي ذكره لتلك الـطريقة لا يوافق حكمـها ولا يلائمه، فتلخص أن الواقع هنا في الرافعي تعليلاً وتركيـبا غير مستقيم، ولما أشكل ذلك على النووي حذف هذه الطريقة من «الروضة» .

واعلم أن استمداد الرافعي من «التتمـة» أمر غير خاف خصوصاً في هذه المسألة، فإنه لم يـصرح عن أحد بنقل إلا عنه،وقد اتضح الحـال بحمد الله تعالى ، وتحرر لى بمراجـعة «التتمة» أنها طريقة منقـولة عن أبى إسحاق في التفريع على قول البناء كما هو مقـتضى سياق الرافعي ،فإنه قال : وإذا قلنا تبنى، فهل تبنى على عدة أمة أو حرة ؟ فـيه طريقان : إحداهما : أنه على الخلاف فيـما إذا عتقت المعتدة والثـانية قالها أبو إسحـاق : أنها تكمل عدة حـرة لأن الفسخ سـبب لوجوب العـدة، فـإذا وجد في أثناء العـدة وجب التكميل ،هذا كلامـه، وهو كلام صحيح فحصل في كـلام الرافعي تحريف بالنسبـة إلى الحكم ،وتحريف وإسقاط بالنسـبة إلى التعليل فافـهمه ،واشكر الله تعالى على ما يسر لك من الوقـوف على حال هذه المواضع المكتسبة من

هذه الأبواب الشاسعة .

قوله : ولو وطيء أمة إنسان على ظن أنها زوجته الحرة وجب ثلاثة أقراء اعتباراً باعتقاده، وقيل قرءان ،وقيل قروء ،ثم قال : ولو وطيء حرة على ظن أنها أمته المملوكة فقد قطع قاطعون بأنه يلزمها ثلاثة أقراء وأن الظن يؤثر في الاحتياط لا في المساهلة وأجرى المتولي الوجهين، إن اعتبرنا بحالها وجب ثلاثة أقراء، وإلا فيكفيها قرء واحد والأشبه النظر إلى ظن الرجل واعتقاده فإن العدة إنما تجب رعاية لحقه، فكما يؤثر الظن في صفة العدة وقدرها . انتهى كلامه .

وما ذكره من ترجيح النظر إلى ظن الواطئ ذكر ما يخالفه في «الشرح الصغير» فقال : ولو وطيء حرة على ظن أنها مملوكة فالمشهور القطع بأن عليها ثلاثة أقراء ، وقال في «التتمة» : فيه وجهان ، هذا لفظه ، ولم يذكر غير ذلك .

قوله : والمستحاضة المتحيرة تعتد بثلاثة أشهر في الأصح، ولا يلزمها الاحتياط لعظم المشقة والمفهوم مما قالوه تصريحاً وتلويحاً : أن الأشهر ليست متأصلة في حقها ،وإنما تعتد بها لاشتمال كل شهر على حيض وطهر غالباً، وأشار بعضهم إلى أنها متأصلة كما في حق الصغيرة والمجنونة . انتهى .

والتعبير بالمجنونة تبعه عليه في «الروضة» وصوابه الآيسة، فإن المجنونة إن كانت ممن تحيض ، وعرف حيضها فعدتها به والا فمتحيرة.

قوله : ولو ولدت المرأة ولم تر حيضاً قبل الولادة ولا نفاساً بعدها فتعتد بالشهور لظاهر الآية ،وكمن انقطع دمها بلا سبب ظاهر، لأن الحمل لا يكون إلا لذوات الأقراء ؟ فيه وجهان ،وينسب الأول للشيخ أبي حامد . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذه المسألة قد ذكرها الرافعي بعد هذا في موضعين بوجه جازمـاً به ،أحدهما : في أثناء النوع الثـالث قبيل الشـرط الثاني في الكلام على ما إذا مات عن زوجـته أو طلقها وهي حامل من زنا فـقال : وتنقضي العدة مع الحمل في عدة الوفـاة، وفي عدة الطلاق إذا كانت المرأة من ذوات الأشهر، أو كانت من ذوات الأقـراء، ولم تر دماً، أو قلنا : ما رأته الحامل ليس بحيض . انتهى .

فجزم هنا بأنها تعتد بالأشهر .

والموضع الثـاني : بعد هذا الموضع بنحـو ورقتين في الكلام على المدة التي يلحق فيـها الولد فقال مـعترضـاً على مسألة نقلها مـا نصه : ولك أن تقول هذا إن اسـتمر في الأقراء لا يستـمر في الأشهر ،فـإن التى تحمل من النساء لا تعتـد بالأشهر ،هذا لفظه وهو عكس ما تقدم، وذكـر المسألة أيضاً في آخر العدد نقلاً عن «فتاوى البغـوى» وحاصل ما نقله الخلاف فيها، وهو الموضع الأول المبدوء به في صـدر هذه المسألة، فقـال : الصحيح الاعـتداد بالأشهر لدخولها في قول الله تعالى : ﴿وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] هذا لفظه، ولم ينقل في آخـر العدد ما نقله عنه هنا من زوائده، وصـحح أيضاً في «الفتاوى» ما صححـه في «الروضة» من زوائده فقال : هذا هو الصحيح عند أصـحابنـا، وقال بعـضـهم : حكمهـا حكم من انقطع حـيـضهـا بلا سـبب،والصـواب الأول، قال :ولا فـرق بين أن ترى نفـاسـاً أم لا، هذا كلامه.

الأمر الثاني : أن تقييد الرافعي بقوله ولا نفاساً بعدها يقتضى أن وجود النفاس كوجود الحيض قبل ذلك ففي كونه مانعاً من الاعتداد بالشهور، وقد ظهر لك مما نقلناه عن «فتاوى النووي» أن الأمر ليس كذلك فاعلمه .

قولـه : وإذا طلقت الصغـيرة اعـتدت بالأشـهر فـإن حاضت في أثنائـها انتقلت إلى الأقراء وهل يحسب ما مضى قروءاً ؟ فيه وجهان .

أحدهما : وبه قال ابن سريج : نعم ؛لأنه طهر يعقبه حيض، والثاني : وبه قال أبو إسحاق : لا . كما ذات الأقراء إذا آيست قبل تمامها تعتد بثلاثة أشهر ولا تحسب ما مضى شهراً ، وهذا أقرب إلى ظاهر النص . انتهى كلامه .

وهذا الخلاف حكاه أيضاً في «الشرح الصغير» وجهين، وصرح بالتصحيح فقال ما نصه : فيه وجهان : أظهرهما : المنع ،وحكاه في «المحرر» قولين فقال : فيه قولان يبنيان على أن المعتبر في القروء الانتقال من الطهر إلى الحيض أو الطهر المحتوش بدمين ،والأظهر الثاني، ووقع هذا الاختلاف أيضاً بين «الروضة» و«المنهاج» .

واعلم أن الرافعي لما ذكر في الطلاق السنى والبدعى هذه المسألة أعنى أن القرء ما هو ؟ قال : فيها قولان أو وجهان بالترديد من غير ترجيح .

قوله : أما الأمة إذا كانت صغيرة أو آيسة فبم تعتد ؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها : بشهرين، والثاني :بشهر ونصف والثالث : بثلاثة أشهر لأن الماء لا يظهر أثره في الرحم إلا بعد هذه المدة إذ الولد يتخلق في ثمانين يوماً، ثم يبين الحمل بعد ذلك . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من كون الولد يتخلق في الثمانين أى يتصور قد خالفه في كتاب الرجعة فجزم بأنه لا يتصور إلا بعد أربعة أشهر ولحظتين، وقد سبق ذكر لفظه هناك ،ولم يذكر النووي التعليل المذكور فسلم من الاختلاف ولا يمكن حمل كلامه هنا على أن المراد بالتخليق هو المضغة ،لأن الله تعالى في كتابه قسم المضغة إلى مخلقة وغير مخلقة، والمراد بالمخلقة المصورة التى نفخ فيها الروح، ويدل له ما رواه البخاري عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : «إن الله تعالى وكل في الرحم ملكاً فيقول : يارب نطفة يارب مضغة ،فإذا أراد أن يخلقها قال : يارب ذكر أو أنثى ؟

يارب شقي أو سعيد ؟ فما الرزق ؟ فما الأجل ؟»، وروى البخاري أيضاً قبيله عن عبد الله بن مسعود قال : حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق : « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمة أربعين يوماً نطفة ،ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً بأربع كلمات،فيكتب عمله وأجله ورزقه وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح » .

وقد تكلم الخطابي على أن المراد بقوله يجمع خلقه فروى بسنده إلى عبد الله بن مسعود أن النطفة إذا وقعت في الرحم فأراد الله تعالى أن يخلق منها بشراً سارت في بدن المرأة تحت كل ظفر وشعرة ثم تمكث أربعين ليلة، ثم تنزل دماً في الرحم فذلك جمعها .

واعلم أن مسلماً روى في صحيحه حديثاً آخر معارض لما سبق، وهو أن رسول الله ﷺ قال : «إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها ،وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظمها، ثم قال يارب أذكر أم أنثى ؟ فيقضي ربك ما يشاء» وفي الجمع بينهما نظر ،والمعروف للأصحاب ما قاله الرافعي في الرجعة،وقد وافقه على المذكور هنا، وهو أن التخليق والتصوير يحصل بمضى الثمانين جماعة منهم الماوردى في كتاب العدة، والقاضى أبو الطيب في كتاب الرجعة من «تعليقه» وذكر نحو ذلك صاحب «البيان» في الكلام على من تباعد حيضها فقال : لأن الحمل يتبين بثلاثة أشهر، وذكر في «النهاية» مثله ،وذكر الماوردي أيضاً في الكلام على عدة الأمة ، أن المضغة تتصور وتتخلق عند بعض الشهر الثالث .

قوله : وهل النظر في سن اليأس إلى جميع النساء، أم إلى نساء عشيرتها؟ فيها قولان ،نظم «التهذيب» يشعر بترجيح القول الثاني،وإيراد أكثرهم يقتضي ترجيح الأول . انتهى ملخصاً .

ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً فقال : إنه الأصح عند الأكثرين

يعني الأول، ورجح في «المحرر» الثاني ،فقال بعد حكاية القولين ما نصه : الثاني أقرب إلى الترجيح ،واستدرك عليه النووي فصحح في «المنهاج» الأول فلذلك سلم من التعارض .

قوله : والمجبوب الذكر الباقي الأنثيين قد تقدم أنه يلحقه الولد فتعتد امرأته عن الوفاة بوضع الحمل، ولا تجب عدة الطلاق عليها، لأنه إنما تجب بعد الدخول ولا يتصور منه دخول . انتهى كلامه .

وهو صريح أو كالصريح في أنها لا تعتد بالحمل عن الطلاق، وقد تابعه عليه أيضاً في «الروضة» وهو عجيب ،فإن المعنى المقتضي لاعتدادها به في عدة الوفاة ، وهو استدخال الماء هو بعينه يقتضي الاعتداد به عن الطلاق وقد صرح في أول الباب بخلاف ما ذكره هنا فقال : وأما مجبوب الذكر الباقي الأنثيين فلا يوجد منه الدخول ،فلا تجب عدة الطلاق على زوجته إذا كانت حائلاً فإن ظهر بها حمل، فقد ذكرنا في اللعان أنه يلحقها الولد فعليها العدة بوضع الحمل هذا لفظه وهو الصواب .

قوله : وكذلك تبقى سائر أحكام الجنين في الذي خرج بعضه دون بعض كنفي توريثه وسراية العتق إليه من الأم وعدم إجزائه عن الكفارة، ووجوب الغدة عند الجناية على الأم، وتبع الأم في البيع والهبة وغيرهما،وفي رجه إذا صرخ واستهل كان حكمه حكم الولد المنفصل في جميع ما ذكرنا إلا في العدة ونسب هذا إلى القفال في «البسيط» انتهى كلامه .

وما ذكره هاهنا من أن الجنين إذا خرج بعضه لا يكون حكمه حكم ما لو انفصل جميعه، ذكر مثله أيضاً في كتاب الفرائض،وخالفهما في الكلام على دية الجنين، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه ، ووقعت هذه المواضع أيضاً في «الروضة» .

قوله : فإن لم يظهر الحمل ولكنها ترتاب وتتوهمه لثقل وحركة تجدهما

نظر : إن كان ذلك قبل تمام الأشهر والأقـراء فليس لها أن تتزوج حتى تزول الريبـة، فلو تزوجت كان التـزويج باطلاً للتردد في انقـضاء العـدة، وإن كان بعد إنقضـاء الأقراء أو الأشهر وتزويجها لم نحكـم ببطلان النكاح إن تحققنا حملها تبين البطلان . انتهى .

وما ذكره في القسم الأول من بطلان النكاح مطلقاً يقتضى القول به فيما إذا نكحت بعد تمام الأشـهر أو الأقراء ،وبان أن لا حمل بهـا، وهو خلاف القواعد ، بل تنبغي الصحة،كما لـو باع الأب ظاناً حياته أو شاكاً فيها، ثم بان موته على أن المسألة فيها كلام مذكور في باب الزنا.

قوله : في المسألة قال الشيخ أبو على : وهذا فاسد لأن العقود لا تتوقف (على الجديد) والقول بالوقف هنا منقول عن الجديد . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من نفي قول الوقف عن الجديد ليس كذلك، بل هو ثابت فيه أيضاً وقد أوضحته في كتاب البيع فليراجع .

قوله : وإن حـصلت الريبة بعـد انقضاء العـدة، وقبل التـزويج فالمذهب القطع بصحة نكاحها، ووجـه البطلان أنه لو صح لجعلناه موقوفاً، والوقـف باطل عندنا، وأجيب بأن المنكر في الجديد هو التوقـف في العقود ابتداء ،وقد يتخلف وجـه الصحة إلى أن يوجـد ذلك الشرط كالـوقف على إجازة المالك إذا باع الفضولي وهاهنا لا يتوقف في الانفـقاد ،بل يحكم بأن النكاح منعقد بناء على الظاهر ثم إن بان خلافه غيرنا الحكم .انتهى كلامه .

وما ذكـره في تفسـير الوقف البـاطل عندنا غـير صحـيح لأنه يقـتضى البطلان في من باع مال أبيه معتقداً حياته أو شـاكاً فيها مع أن الصحيح فيها الصحـة وهما من قولي وقف العقـود أيضاً، بل صواب العـبارة في الوقف الممتنع أنه الوقف على شيء حـادث كالإجارة المتقدم ذكـرها، وأما الموقوف على مقارن العقد فليس منه، ولهذا يعبر عنه بوقف التبين .

قوله : وعن مالك أنه قال : هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها زوج صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين ،وروى العتيبي أن هرم بن حيان حملت به أمه أربع سنين .

أما رجل صدق وامرأة صدق منونان على الوصف بالمصدر للمبالغة بمعنى صادق كقولك رجل عدل ، وامرأة عدل أى : عادل وعادلة وفي تأويله مذاهب للنحاة مشهورة .

وأما هرم فهو بهاء مفتوحة وراء ساكنة وحيان بياء بنقطتين من تحت وهرم المذكور من كيار التابعين الصلحاء الزهاد ، وقد ذكره النووي في آخر «فتاويه» وقال إنه قد اشتهر في كتب الرقائق أنه لما دفن أرسل الله تعالى سحابة فأمطرت حوالي القبر. ولم يصب القبر منه شيء .

قوله : فرعان : أحدهما : لو أتت بولد إلى أن قال ما نصه، وإن قلنا بالثاني لحقه إذا أتت به لدون أربع سنين . انتهى .

وهذا الذي قاله يقتضي أنه إذا كان لأربع سنين لا يلحقه، وليس كذلك بل الصواب ،وهو الذي ذكره هو في أوائل هذا الباب أن الأربع حكمها حكم ما دونها وأنه يلحقه إذا أتت به لأربع سنين فأقل ،وقد مشى النووي على هذا الموضع فلم يتفطن له في «الروضة» .

قوله : وهل تجب العدة في النكاح الفاسد من آخر وطأة أو من وقت التفريق بينهما بانجلاء الشبهة ،وظهور الفساد ؟ فيه خلاف، الأصح على ما ذكر في «التهذيب» : أنها تحسب من وقت التفريق . انتهى .

ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً ، والأصح ما صححه البغوى، كذا صححه النووي في أصل «الروضة» ،ثم إنه عبر بالأصح فاستفدنا منه أن الخلاف وجهان كما تقرر لك من اصطلاحه ،ولا يؤخذ ذلك من كلام الرافعي .

قوله : وإذا ولدت المرأة وطلقها زوجها ثم اختلفا فقال الزوج: طلقتك بعد الولادة فأتت في العدة ولي الرجعة ،وقالت المرأة : بل قبله، نظر : إن اتفقا إلى آخره .

هذه المسألة فيها كلام سبق في كتاب الرجعة فليراجع .

الباب الثاني في «تداخل العدتين»

قوله : وإذا طلق زوجته فشرعت في العدة بالأقراء أو بالأشهر ثم وطئها وطء يوجب العدة فتستأنف العدة ويتدرج فيها ما بقي بحيث يكون مشتركاً واقعاً عن الجهتين جميعاً، ثم قال : وقل إن عدة الطلاق تنقطع بما طرأ من الوطء ويسقط باقيها وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء وهذا ماحكاه أبو الحسن العبادي عن الحليمي قال : وقياسه أن لا تثبت الرجعة في البقية لكن الإجماع صد عنه .انتهى كلامه .

وهذا الإجماع الذي حكاه وارتضاه ،تابعه عليه في «الروضة» أيضاً وليس كذلك فقد ذكر بعد هذا بأسطر في نظيره أنه لا رجعة فإنه ذكر أنها إذا حبلت من هذا الوطء فتعتد بالحمل، ويدخل فيه البقية على أشبه الوجهين، فعلى هذا له الرجعة في أظهر الوجهين ،ثم قال : والثاني لارجعة له بناء على أن عدة الطلاق قد سقطت وهي الآن معتده عن الوطء هذا لفظه .

قوله : وإن كانت حاملاً من الزوج ووجب عليها عدة الآخر من وطء الشبهة فراجعها الزوج فتنقطع عدته في الحال وتبقى عدة الشبهة مؤخرة إلى أن تضع وتعود إلى أقرائها وهل له وطؤها في الحال ؟ فيه وجهان؛ قيل : نعم؛ لأنها منكوحة وليست في الحال في عدة غيره، وقيل : لا . لأنها معرضة للعدة ولا يليق تسلطه عليها في الحال، والمنع من الاستقبال ،ومال صاحب «التتمة» إلى ترجيح الثاني ومنهم من يرجح الأول. انتهى ملخصاً.

لم يصحح في «الشرح الصغير» أيضاً شيئاً منهما ، وقال في «الروضة» من زوائده الراجح الجواز .

قوله : ولو وطئت بشبهة وظهر بها حمل واحتمل كونه من الزوج ومن الواطئ فمات هذا الولد في زمن الإشكال وكان للأم ولدان آخران ،أو كان

لكل واحد من الزوج والواطئ ولدان فلها السدس ،فإن كان لأحدهما ولدان دون الآخر فهل لها الثلث للشك في كونهـما أخوين للميت أم السدس لأنه اليقين ؟ فيه وجهان . انتهى .

قال في «الروضة» الأصح أو الصحيح السدس .

قوله : ولو أوصى إنسـان لهذا الحمل بشيء أو سمى الموصى أحـدهما، إما الزوج أو الواطيء فقال: أوصيت بحمل فـلان هذا فإن ألحقه القائف بغير المسمى بطلت الوصية . انتهى .

تابعه في «الروضة» على الجـزم ببطلانها والمتجه تخريجـها على الإشارة والعبارة ،فإن غلبنا العبارة بطلت أو الإشارة فتصح .

قوله : وإذا فـرعنا على أن الحربيـتين تكفي لهمـا عدة واحدة فـهل نقول إنها للواطيء الثاني ،ونسقط بقية عدة الأول لضعف حقوق الحربي وبطلانها بالاستيلاء عليه أو على زوجته أو نقـول تدخل بقية العدة الأولى في الثانية؟ وجهان .

وأرجحهما على ما قاله في «الروضة» من زوائده هو الأول .

قوله : وإذا طلق زوجـته طلاقاً رجعـياً ولم يهجـرها في العدة ،نظر : إن كـان يطؤها قال المـتولي :لا تشـرع في العـدة مادام يطـؤها لأن العدة لبـراءة الرحم وهي مـشغولة، وإن لم يطأها ولـكن كان يعاشـرها معـاشرة الأزواج ففي انقضاء العدة ثلاثة أوجه : ثالثـها : وهو الذي أخذ به الأئمة أنها تنقضى في المطلقـة البـائنة دون الرجعـيـة، لأن في المخالـطة بها شـبـهة وفي الفـرع فائدتان: إحداهمـا : قال البغوى في «الفـتاوى»: الذي عندى أنا وإن حكمنا بعدم الانقضـاء فلا رجعة له للاحتـياط من الجانبين، وفي «فتاوى القـفال» ما يوافقه ، وأما صحة إيقاع الطلاق عليها فتستمر إلى انقضاء العدة، وبه صرح الرويانى في «الحلية» . انتهى ملخصاً .

ذكر مثله في «الروضة» وفيما ما ذكره من عدم ثبوت الرجعة كلام يتوقف على ما قاله فيها البغوي في «فتاويه» فلنذكره فنقول : قال ما نصه : قال أصحابنا : لا يحكم بانقضاء العدة، وإن مضت لها أقراء وله الرجعة .

قال شيخنا : والذي عندى أنه لا يحكم بالانقضاء كما ذكروه ،لكن بعد مضي الأقراء لا رجعة أخذاً بالاحتياط في الجانبين، هذا كلام البغوى في «فتاويه» .

إذا علمت ذلك فتعود إلى المقصود وهو أمران :

أحدهما : أن ما وقع في الفتاوى المذكورة من التعبير بقوله قال شيخنا: يحتمل أن يكون كلام تلميذ البغوي الجامع لفتاويه، فيكون الشيخ هو البغوي ، ويحتمل أن يكون من كلام البغوي نفسه فيكون المراد بالشيخ هو القاضى الحسين، ولا شك أن المراد هو الأول، أعني البغوي، فإن القاضي الحسين قد ذهب إلى ثبوت الرجعة بعد مضي الأقراء، سواء كان يطأها أم لا كذا ذكره في «تعليقه» وفي «فتاويه» أيضاً في أواخر كتاب الطلاق، ولأجل هذا صرح الرافعي بالبغوي عوضاً عن التعبير بالشيخ،وهو تصرف حسن فتفطن له، واعلم مستنده .

الأمر الثاني : أي ما نقله الرافعي عن البغوي من عدم ثبوت الرجعة،ولم ينقل خلافه بل قواه بكلام القفال، قد تابعه عليه أيضاً في «الروضة» وهو يشعر بأن هذا هو المنقول المعمول به لا غير ولهذا جزم به الرافعي في «الشرح الصغير» فقال ما نصه : ثم قال الأئمة لا رجعة للزوج بعد انقضاء الأقراء وإن لم تنقض العدة بسبب المعاشرة أخذا بالاحتياط في الطرفين، هذه عبارته، وجزم به أيضاً في «المحرر» وتبعه عليه النووي في «المنهاج» وليس تقدم نقله عن «فتاوى البغوى» أن الرجعة تثبت إلا أن الرافعي اقتصر على نقل آخره دون أوله ،وكأنه انتقل نظره أو سقط ذلك من النسخة التى وقف عليها، ويمكن أن يقال : إنما لم يصرح الرافعي في

«الكبير» بثبـوت الرجعة لأنه مقتضى القول ببـقاء العدة فسكت عنه لذلك، ولم يحـتج إلى التصـريح به، وصرح بمقـالة البغـوى لكونها علـى خلاف الأصل، وحينئـذ فيكون كلام «الشرح الـصغير» و«المحـرر» و«المنهاج» غلطاً حصل من الإلباس الواقع في «الشـرح» و«الروضة» وهذا هو الظاهر الموافق للمنقول، وعلى كل حـال فالفتـوى على ثبوت الرجعـة ،وقد وقع هنا في كلام «الكفـاية» لابن الرفعة مـا وقع للرافعي بزيادة غلط آخر فـاحش ،وقد نبهت على ذلك في «الهداية» فراجعه .

وإذا قلنا : لا تنقـضي العدة فأراد المطـلق تزويجها في العـدة من الولى فالقياس جوازه جزماً .

واعلم أن مـا نقله في أول المسألة عن المتـولي قد سـبقـه إليه القـاضي الحسين في «تعليقه» ، وقال : إنه لا خلاف فيه .

قوله : وأما إذا خالط المعتدة أجنبى عالماً فلا يؤثر وطؤه،وإن خالط بشبهة فيجوز أن يمنع الاحتساب كمـا سبق أنها في زمن الوطء بالشبهة خارجة عن العدة . انتهى .

وتوقفه في هذه المسألة وهى مسألة المحافظة غريب، فقد ذكرها قبل ذلك وحكى فيها خلافـاً فقال ما معناه وإذا نكح معتدة على ظـن الصحة ووطئها لم يحسب زمن استفراشه إياها عن عدة الطلاق ومن أي وقت يحكم بانقطع العدة ،فيه وجوه، أصحها : من وقت الوطء ، لأن النكاح الفاسد لا حرمة له .

والثاني : من حين يخلو بها ويعاشرها ،وإن لم يطأ .

والثالث : من وقت العـقد إن اتصل به رفـاق وإلا فلا، والرابع : من وقت العقد وإن لم يتصل به رفاق .

قوله : الثانـية من نكح معتدة جـاهلاً ووطئها لم تحرم علـيه مؤبداً، وعن

القديم أنها تحرم، ثم قال : ونقل القاضى الروياني إجراء القول القديم في كل وطء يفسد النسب كوطء زوجة الغير أو أمته بالشبهة . انتهى كلامه .

وما نقله من الروياني ذكر نحوه أيضاً المقدسي في «التهذيب» ،والتقييد بإفساد النسب يقتضي أنها لا تحرم بلا خلاف إذا كان وطؤها لا يخشى منه إفساد كما لو وطيء صغيرة أو آيسة أو من تبين حملها ،أو غير مدخول بها إذا مات عنها زوجها .

قوله : ولو خالع الممسوسة ثم جدد نكاحها ومات بعد التجديد، فقد حكى صاحب الكتاب وجهين في اندراج تلك البقية تحت عدة الوفاة ،وهذا يشعر بلزوم البقية وإنما التردد في أنها هل تدخل في عدة الوفاة أم لا ؟ ثم قال : والذي أورده صاحب «التهذيب» وغيره أن تلك البقية تسقط كما لو مات عن الرجعية يسقط ما بقي من عدتها وتكفيها عدة الوفاة بلا خلاف . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره من نفي الخلاف ليس كذلك ،ففي «الذخائر» للقاضي مجلي حكاية وجهين في أنها هل تندرج أو تسقط .

قال رحمه الله: القسم الثاني في «عدة الوفاة» والسكنى

وفيه بابان: الأول: في عدة الوفاة:

قوله : لكن ثبت أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر فقال لها رسول الله ﷺ : «حللت فانكحى من شئت» ،وغسل أبا بكر زوجته أسماء بنت عميس رضي الله عنها، وكان أوصى بذلك . انتهى .

أما سبيعة فبضم السين تصغير سبعة بفتحها وضم الباء وقد تسكن للتخفيف وهى اللبؤة أى أنثى الأسد قاله الجوهرى، وأما عميس فتصغير العمس بفتح العين المهملة وسكون الميم وبالسين المهملة وهو التجاهل أى إظهار الجهل بالشيء وأنت عارف به .

قوله : وإذا قلنا في المفقود بالقول القديم وهو أن المرأة تمكث أربع سنين ثم يحكم الحاكم بوفاة زوجها وتعتد عدة الوفاة اقتصرت المدة إلى ضرب القاضي،وقيل : لا بل يكفي مضيها ،ثم قال: وإذا ضرب المدة فهل يكون ذلك حكماً بوفاته أم لابد من استئناف الحكم ؟ فيه وجهان : أظهرهما : أنه لابد من الحكم . انتهى .

وهذه المسألة فرد من أفراد تصرفات الحاكم، وقد اختلف كلام الرافعي وكلام «الروضة» في أن تصرفه حكم أم لا ؟ وقد تقدم ذكره مبسوطاً في النكاح في بيان الأولياء فليراجع .

قوله : وإذا حكم الحاكم بالفرقة فهل تعتد ظاهراً وباطناً أم ظاهراً فقط؟ وجهان ، أو قولان .انتهى .

هذه المسألة فرد من أفراد قاعدة وهي ما إذا حكم الحاكم في المسائل المختلف فيها، فهل ينفذ حكمه ظاهراً وباطناً حتى يحل للمحكوم له ذلك أم لا ؟ وجهان ، والأكثرون مائلون إلى النفوذ في الباطن أيضاً، كذا ذكره

الرافعي في كتاب دعوى الدم، وفي كـتاب الدعاوى، وقد جزم الرافعي في الموضعين المذكورين وفي غيرهمـا بأن الخلاف وجهان، فعلم منه الراجح مما تردد فيه الرافعي هنا، وذكر في «الروضة» هنا مثل ما ذكر الرافعي، ثم شرع من زوائده في ذكر الأصح من الخلاف فلم يتجـوز له لكونه مذكوراً في غير مظنته فلم يكمل الكلام ،وذكر مبتدأ بلا خـبر وترك بياضاً ليلحقه إن يحرر له رحمه الله تعالى .

قوله : وإذا أرضعت المتزوجة ولدها مـن غير الزوج في بيت زوجها ولم يقع خلل في التمكين فعلى الزوج نفقتـها وسواء وجب عليها الإرضاع أم لا وإن خـرجت للإرضـاع بغيـر إذنه سـقطت نفـقـتهـا، وإن خـرجت له بإذنه فوجـهان بناء على ما لـو سافرت بإذنه لحـاجتهـا، وإذا كان الإرضاع واجـباً كاللبأ أو عند فقد غيرها فعليه أن يأذن . انتهى .

وما ذكـره من كون الخروج للإرضاع بغـير إذن الزوج مسقطاً للنفـقة إن كان المراد بـه حالة وجود الـزوج في البيت أو حـالة غيـبته ولكـن خرجت للاستقرار فغربت وإن أراد مطلق الخروج حتى يتناول الخروج للمرة الواحدة في غيبة الزوج، فـقد ذكر في كتاب النفقات في البـاب الثاني في مسقطات النفقة في نظير المسـألة ما يخالفه ،فإنه نقل عن البغوى أن الخـروج في غيبة الزوج إلى بيت أبيهـا لزيارة أو عيادة لا عـلى وجه النشوز لا يكون مـسقطاً للنفقة وارتضاه ولم يخالفه ،والخروج لإرضاع الابن كزيارة الأب فكل منهما طاعة وبر وصلة رحم لا على جـهة النشوز، وقد تابعـه في «الروضة» على الموضعين وسـوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى والصـواب هو المذكور هناك، فإن المقصود وهـو الاستمتاع لم يقع فيه خلل، غـاية ما في الباب أن يكون صـدر منها ذنب وإذا تقـرر الاسـتحقـاق عند عدم الإذن فـمع الإذن أولى، والتخـريج على السفـر تخريج عـجيب، فـإن الاستمـتاع يتـعذر به بخلاف الخروج للإرضاع .

قوله : روي عن أم عطية أن النبى ﷺ قـال : « لا تحد المرأة فوق ثلاث إلا على زوج فإنهـا تحد أربعة أشـهر وعشـراً ،ولا تلبس ثوباً مصبـوغاً إلا ثوب عصب ،ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار» .

وعن أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «المـتوفي عنها زوجها لا تلبس المعـصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلى إلا الشيء اليسير، وقوله من قسط أو أظفار هما نوعان من الـبخور، والمعنى لا تمس طيباً إلا إذا طـهرت من الحيض تمس شيـئاً يسيـراً منهما لقطع الروائح الـكريهة ،والممشـقة المصبـوغة بالمشق وهو المعرة ويقال شـبه المغرة وهو شبه الطين الأحمـر، وقد تحرك العين . انتـــهى ملخصاً.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في آخر كلامه من جواز القليل منها للحائض إذا طهرت ، ذكـر مثله النووي في «شرح مسلم» فـقال هما نوعان من الـبخور وليسا من مقصود الطيب، رخص لهـا فيه لإزالة الرائحة الكريهة لا للطيب هذا كلامه، وقد أسقط النووي هذه المسألة من «الروضـة» وهى مسألة مهمة نفيسة ، ويظـهر إلحاق المحرمة إذا طهرت من حيض أو نفـاس بالمعتدة ،بل أولى لقصـر زمن الإحرام، ولأن الطيب فـيه أخف بدليل وجـوب إزالته إذا شرعت في العدة بخلاف الإحرام .

الأمر الثاني : في الكلام على هذه الألفاظ وهى العصب والنبذة والقسط والأظفار والمشق والمعزة فالعصب بعين مفتـوحة وصاد ساكنة مهملتين وبالباء الموحدة نوع من برود اليمين .

والنبذة بضم النون وبالذال المعجمة هى : القطعة .

والقسط بقاف مـضموزمة وسين ساكنة وطاء مهـملتين : طيب معروف، وكذلك الأظفار بالظاء المعجمة ،وهو جمع لا واحد له من لفظه وقيل مفرده ظفر حكاه ابن الأثير في «النهاية» ،قـال : وروي قسط ظفار أى بالإضافة،

وروى أيضاً بالوطف كما سبق ،والمشق بميم مكسورة وشين معجمة ساكنة، وقد فسرها الرافعي بالمعرة وهى ميم مفتوحة ،وعين معجمة ساكنة وقد تفتح كما ذكره الجوهري، والعامة تنطق به مضموم الميم، وأما الدمام فهو بدال مهملة مكسورة وميمين بينهما ألف وهو كل شيء يطلى به الوجه .

قوله : وعن عائشة وحفصة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » قال الأئمة إلا على زوج مستثنى من قوله: «لا يحل وظاهره لا يقتضى إلا الجواز لكن أجمعوا على أنه أراد الوجوب، ثم قال ولا إحداد على المعتدة عن الوطء بالشبهة والنكاح الفاسد وأم الولد، وقوله ﷺ : «لا يحل لامرأة » الحديث ،قد يحتج به لتحريم الإحداد على الموطوءة بالشبهة وأم الولد . انتهى كلامه .

وما ذكره من الإجماع على وجوب الإحداد ليس كذلك ففي «الشامل» عن الحسن البصري أنه مستحب لا واجب، وما ذكره أيضاً من أنه قد يحتج بالحديث المذكور على هذين تبعه في «الروضة» أيضاً على خلاف الغالب من حاله وهو غريب جداً ، فإنه لا إشعار له بذلك بالكلية ، والظاهر أن الرافعي سها من حديث إلى حديث فتابعه عليه النووي غير متأمل له .

واعلم أن القاعدة الأصولية أن ما كان ممنوعاً منه لو لم يكن واجباً فإذا دل دليل على جوازه كان ذلك نفسه دليلاً على وجوبه كالركوعين في الخسوف ، فإن زيادة الركوع الثاني والقيام الثاني في غير الكسوف لا تجوز ولما دل الدليل على جواز فعلهما في تلك الصلاة، وهو فعل النبي ﷺ له كان فعلهما واجبا فيها . هكذا ذكر هذه القاعدة جماعة منهم الإمام فخر الدين في « المحصول » وغيره .

وإذا استحضرت هذه القاعدة استفدت من الحديث المذكور وجوب الإحداد على المتوفي عنها زوجها وجها ؛ لأن الإحداد حرام ، وقد جاز في هذه الصورة فيكون واجبا .

قوله : ويجوز لها التنظيف بغسل الرأس والامـتشاط ودخول الحمام وقلم الأظفـار والاستحـداد وإزالة الأوضـاح فإنهـا ليـست من الزينة . انتهى .

ومـا ذكره من التـعليل بنفي الزينة ذكـره في « الروضة » أيضـاً ، لكنه صرح في الباب الثـالث من أبواب الجمعة بأن هذه الأمـور من الزينة ؛ فإنه قال : يستـحب للذاهب أمور . . . ثم قال : الثالث : التزين : فيـستحب التزين للجمـعة بأخذ الشعر والظفر والسـواك وقطع الروائح الكريهة ويلبس أحسن الثياب .

هذا كلامه .

الباب الثاني : في السكنى

قوله : والأصح أنها - أي : المتوفي عنها زوجها تستحق السكنى ؛ لما روي أن فريعة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري قتل زوجها فسألت رسول الله ﷺ أن ترجع إلي أهلها وقالت : إن زوجي لم يتركني في منزل ملكه ، فأذن لها في الرجوع .

قالت : فانصرفت حتي إذا كنت في الحجرة أو المسجد دعاني فقال : «امكثي في بيتك حتي يبلغ الكتاب أجله» .

فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً [1]. انتهى .

فريعة : بفاء مضمومة ، وراء مهملة مفتوحة ، وبالعين المهملة ، يجوز أن تكون تصغيراً للفرعة بفتح الفاء وبالراء مفتوحة وساكنة ، اسم للقملة ، وهو الذى اقتصر عليه الجوهري . ويجوز أن تكون من قولهم : فلانة فراعة قومها فهي فارعتهم إذا كانت أجمل منهم ، ثم حذفت الألف لتصغيره تصغير الترخيم .

وهذا هو الظاهر إلا أن يثبت الأول بخصوصه .

قوله: ومنها : المعتدة عن النكاح بما سوى الطلاق من أسباب الفراق في الحياة كالتي فسخ نكاحها بالردة أو بالإسلام أو بالرضاع ففيها طرق:

أحدها : إطلاق قولين في استحقاقها السكنى كما في عدة الوفاة في

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠٠) ، والترمذي (١٢٠٤) ، والنسائي (٣٥٣٢) ، وابن ماجة (٢٠٣١)، وأحمد (٢٧١٣٢) ، والدارمي (٢٢٨٧) ، وابن حبان (٤٢٩٢) ، والحاكم (٢٨٣٢) ، والطبراني في « الكبير » (٢٤/ ٤٤٠) حديث (١٠٧٧) وسعيد بن منصور في « سننه » (١٣٦٥) ، وعبد الرزاق (١٢٠٧٥) ، وابن أبي شيبة (٤/ ١٥٥) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٥٢٧٤) . قال الترمذي : حسن صحيح . وقال الألباني : صحيح .

قول : تستحق كالمطلقة تحصيناً للماء .

وفي قول : لا تستحق لأن إيجاب السكنى إنما ورد في المطلقة فيبقى حكم غيرها علي الأصل .

والثاني : إن كان لها مدخل في ارتفاع النكاح بأن فسخت بخيار العتق أو بعيب الزوج ، أو فسخ هو بعيبها فلا سكنى لها قطعاً ، وإن لم يكن لها مدخل في ارتفاع النكاح كما إذا انفسخ بإسلام الزوج أو ردته أو الرضاع من الأجنبي ففي استحقاقها السكنى القولان .

والثالث : في «تعليقة إبراهيم المروروذي التفصيل المذكور في الطريق الثاني مع القطع باستحقاق السكنى في القسم الأول .

والرابع : في « التهذيب » أن الفرقة إن كانت بالعيب أو الغرور فلا سكنى لها ، وإن كانت بسبب رضاع أو صهرية أو خيار عتق فوجهان : المذهب منهما : أنها كالمطلقة .

قال : والملاعنة تستحق قطعاً كالمطلقة .

والخامس : القطع بأنها تستحق . قال في « التتمة » : وهذا هو المذهب . انتهى ملخصاً .

فيه أمور :

أحـدها : أن الرافعي قد اختلف كلامه في الترجيح في هذه المسألة اختلافاً عجيبا ؛ فصحح في « المحرر » الاستحقاق فقال بعد ذكره الوجوب في حق المطلقة ما نصه : والأظهر أن المعتدة عن سائر أسباب الفراق في الحياة كالمطلقة . هذا لفظه .

وكلام « الشرح الصغير » هنا يشعر به ؛ فإنه اقتصر على التصحيح المنقول عن « التتمة » ، وصرح أيضاً بتصحيحه في الباب الثاني من أبواب النفقات من الشرحين معاً ، لكن في الملاعنة خاصة ولم يصرح بغيرها .

ثم خالف ذلك كله في الكلام على ثبوت الخيار بعيوب النكاح فقال : إنها إن كانت حائلاً فالمشهور أنها لا تستحق [وقيل : فيه قولان ،وإن كانت حائلاً لم تستحق] (١) في أصح القولين ، وقيل : لا تستحق قطعاً . وقد ذكرت لفظه هناك لمعني آخر يتعلق به ، فراجعه .

الأمر الثاني : أن الرافعي سوى هنا بين الحائل والحامل وخالف بينهما في النكاح ، وقد وقع الأمران معاً في « الروضة » على كيفية غريبة جداً فإنه بالغ في عدم الاستحقاق في الحائل حتى نفى الخلاف عنها ، وقد بسطته هناك فراجعه.

الأمر الثالث : أن تعبيره في الطريق الثاني بقوله : في القسم الأول ، غلط بين بل صوابه القسم الثاني ، وقد تفطن له في « الروضة » فقال : والثالث : إن كان لها مدخل فلا سكني وإلا فلها السكني قطعاً .

الأمر الرابع : أن الذي نقله عن « التهذيب » هنا مخالف لما نقله عنه في خيار النكاح فتأملهما .

نعم هذا الأختلاف قد وقع في «التهذيب» أيضاً ، فاعلمه .

قوله: والأمة المعتدة وغير المعتدة حكمهما في استحقاق الكسني كحكمهما في استحقاق النفقة ، فإن كان قد سلمها قبل ذلك ليلاً أو نهاراً استحقت ، وإلا فلا علي الصحيح .

ثم قال ما نصه : وزاد الإمام فبني استحقاق السكني على أنه هل يجب عليها ملازمة المسكن فى العدة وبنى وجوب الملازمة على أنها في صلب النكاح تكون في المسكن الذي يعينه الزوج أو السيد إن بنوا لها بيتاً ؟ ، وفيه خلاف .

فإن قلنا: تكون في المسكن الذي عينه الزوج ، فعليها ملازمة المسكن، وإلا فإذا طلقها وهي في البيت الذى عينه السيد ففي وجوب

(١) سقط من أ .

ملازمته وجهان : وجه الوجوب : أنه المسكن الذى تراضوا به وكانت في صلب النكاح فيه .

وأظهرهما : المنع لأن العدة فرع النكاح وأثره ، فإذا لم تستحق إسكانها في صلب النكاح لم تستحقه في العدة . انتهى كلامه .

وهذا الكلام الذي نقله الرافعي عن الإمام قد حذفه من « الروضة » وهو مشتمل على مسألتين :

إحداهما : أن الأمة إذا بوأها السيد بيتاً أي : هيأه لإقامتها وطلب الزوج إخراجها عنه . وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي قبل كتاب الصداق في الفصل الرابع المعقود لأحكام نكاح الأمة ، وحكي فيها قولين وصحح أن المجاب هو الزوج .

المسألة الثانية : ولم يقع لها ذكر في « الروضة » أنه هل يجب على الأمة المعتدة ملازمة المسكن أم لا ؟ .

إن قلنا : فيما تقدم : إن المجاب هو الزوج ، أوجبنا عليها الملازمة ، وإن قلنا يجاب السيد فوجهان : أظهرهما أنه لا يجب عليها ذلك .

هذا حاصل كلام الإمام ؛ وحينئذ فيؤخذ منه أن الصحيح : وجوب الملازمة .

قوله : فليس للزوج ولا لأهله إخراج المعتدة من المسكن الذى طلقت فيه . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » ، لكن محل هذا في الطلاق البائن ، فإن كانت جعية فللزوج أن يسكنها حيث شاء . ذكره الماوردي في « الحاوي » والشيخ في « المهذب » وغيرهما من العراقيين كما قاله ابن الرفعة وجزم به النووي في تعليقه على التنبيه .

نعم: في « النهاية » : أنه يتعين عليها ملازمة المسكن .

قوله: وإن وجد سبب الفراق بعد خروجها من المنزل على قصد السفر لغرض مهم كالتجارة والحج والاستحلال عن المظلمة ولكن لم تفارق عمران البلد فالأصح عند الجمهور: أنه يلزمها العود إلى المنزل .

ثم قال : وحكي وجه غريب فارق بين أن يكون السفر سفراً لحج فلا يلزمها الانصراف، وبين أن يكون غيره فيلزم . انتهى.

تابعه في « الروضة » على حكايته وجهاً وعلى استغرابه أيضاً ، وهو غريب ؛ فقد نص عليه الشافعي في « الأم » ، بل لم يذكر - كما قاله ابن الرفعة - في « المطلب » غيره فقال - أعني الشافعي - : ولو أذن لها أن تخرج إلى حج وخرجت من منزله ففارقت المصر أو لم تفارقه ثم مات عنها أو طلقها كان لها أن تمضي في وجهتها وتقيم فيه مقام الحج وتعود مع الحاج فتكمل بقية عدتها في منزله .

ولو أذن لها إلى سفر يكون مسيرة يوم وليلة غير حجة الإسلام فخرجت من منزله ولم تبلغ السفر حتى طلقها أو مات عنها كان عليها أن ترجع فتعتد في منزله .

هذا لفظ الشافعي بحروفه .

قوله : ولو أذن لها في الانتقال إلى المسكن الثاني ثم عادت إلى الأول لنقل متاع وغيره وطلقها فالمسكن الثاني تعتد فيه ؛ وهو كما لو خرجت عن المسكن لحاجة وطلقها وهي خارجة .

قال الإمام : وهذا إذا كانت قد دخلت الثاني دخول قرار ، فأما إذا لم تدخله على قصد القرار بل كانت تتردد بينهما وتنقل أمتعتها فإن طلقها وهي في المسكن الثاني فتعتد فيه، وإن طلقها وهي] (١) **في الأول ففيه احتمالان :** انتهى كلامه .

وهذا الذى نقله الرافعي هنا عن الإمام أسقطه من « الروضة » .

---

(١) سقط من أ .

قوله : وإن حدث سبب الفراق في الطريق تخيرت بين العودة والمضي ؛ فإن اختارت المضي إلى القصد وانقضت حاجتها قبل تمام مدة المسافرين ففي « التهذيب » و « والوسيط » وغيرهما أن لها أن تقيم إلى تمام مدة المسافرين .

وهذا ما حكاه القاضي الروياني عن بعضهم وغلط قائله ، وقال : نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير . انتهى كلامه .

ومقتضاه رجحان الأول ، وعبارة « الشرح الصغير » أظهر في اقتضاء رجحانه ؛ فإنه قال : ففي « التهذيب » وغيره أن لها إتمام هذه المدة ومنهم من نازع فيه .

إذا علمت ذلك فقد ذكر في « المحرر » ما يقتضي الجزم بالثاني فإنه قال: تخيرت بين المضي والانصراف ؛ فإن اختارت المضي فلها أن تقيم إلى أن تنقضي حاجتها ثم عليها الانصراف . هذا لفظه ، وقال : في «الروضة»: إنه الأصح الذي قطع به صاحب « المهذب » والجرجاني .

قوله : ولو أحرمت بعد الطلاق بغير إذن فحكمه أنه لا يجوز لها الخروج .. إلى آخره .

ولم يتعرض هنا لجواز التحليل ، وقد بينه في كتاب الحج فقال : لا يجوز للزوج ذلك إلا أن تكون رجعية فله تحليلها بعد الرجعة .

قوله : ويروي أن فاطمة بنت أبي حبيش بت زوجها طلاقها فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم (١) .

قال سعيد بن المسيب:كان في لسانها ذرابة فاستطالت على أحمائها. انتهى .

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٨٠) ، وأبو داود (٢٢٨٤) ، والترمذي (١١٣٥) ، والنسائي (٣٢٤٥) ، وأحمد (٢٧٣٦٨) من حديث فاطمة بنت قيس .

وما ذكره الرافعي من كون فاطمة هذه هي بنت أبي حبيش غلط وإنما صوابه : فاطمة بنت قيس .

وحبيش :[مصغر حبش] (١) بحاء مهملة وباء موحدة وشين معجمة .

والذرابة : بفتح الذال المعجمة وبالباء الموحدة : هى الحدة ، يقال منه لسان ذرب، وفيه ذرابة .

قوله: وفي البائن بطلاق أو فسخ قولان : القديم : ليس لها الخروج ، والجديد جوازه [كالمتوفى عنها .

قال المتولي : هذا في الحائل أو الحامل ، أما الحامل : إذا قلنا تعجل نفقتها] (٢) فهي مكفية فلا تخرج إلا لضرورة .انتهى .

وما نقله عن المتولي من منع الخروج تابعه عليه في «الروضة » .

ولا شك في جواز الخروج لبقية حوائجها كشراء القطن وبيع الغزل ، وكذلك إذا أخذت النفقة دراهم فخرجت لتحصل القوت .

قوله : فرع : عن أبي إسحاق إن زنت المعتدة عن الوفاة وهى بكر في عدتها فعلى السلطان تغريبها ولا تؤخر إلى انقضاء العدة لا كتأخير الحد لشدة الحر والبرد لأنهما يؤثران في الحد ويعينان على الهلاك ، والعدة لا تؤثر في الحد .

وعن « الحاوي » وجه أنها لا تغرب لحق الزوج . انتهى كلامه .

وحاصله حكاية خلاف فى التغريب من غير ترجيح ، وقد صحح فى «الروضة» أنها تغرب فى هذه الحالة، ولم ينبه على أنه من زياداته، بل أدخله فى كلام الرافعى، وهو غريب ،فتفطن له .

قوله : نقلا عن «الوجيز» : وعليه ألا يخرجها من ملكه إلا إذا كان نفيساً

---

(١) أسقط من أ .

(٢) سقط من جـ .

لا يليق بحالها، فله أن ينقلها إلى موضع آخر . انتهى .

استدرك عليه الرافـعي فقال : وقوله : إلا إذا كان نفيساً يقـتضي حصر الإخراج فيه ، ومعلوم أن له أن يخرجـها لسائر الأعذار ـ أي : من الحريق والغرق والهدم وغيرها ـ كما سبق ، ويحسن أن يحمل الأغلى لكن ويجعل هذا استثناء منقطعاً . انتهى كلامه .

وهذا التأويل الذي ذكـره تأويل عجيب ؛ فإن الاستـثناء المنقطع ضابطه ألا يصدق المستثنى منه على المستثنى .

وأما مـا يرد على الكلام من عدم الحـصر ونحوه فليس مـسوغـاً لجعله منقطعاً ؛ فإن الأول صادق عليه سلمنا أنه يصح انقطاعه وتقديره بقولنا لكن فليس الأمر كما توهمه من ذلك يكون دافـعاً لإيراد هذه الصورة عليه ؛ فإن لفظه مع التصريح بلكن لا يؤخذ منه إلا استـثناء المنزل النفيس فيبقى الإيراد باقياً .

قوله : ولا يجـوز للزوج مساكنة المعـتدة في الدار إلا أن يكون فيـها محـرم . ثم قال : واشترط الـشافعي البلوغ [قـال القاضى أبو الطيب : لأن من لم يبلغ لا تكليف عليـه ولا يلزمه إنكار الفـاحشة، وقـال الشيخ أبو حامد : يكفي حضور المراهق .انتهى .

ذكـر في «الشرح الصـغـير» نحـوه أيضاً فـقـال ما نصـه : واشتـرط الشافـعى البلوغ] [(١)]، ووجه بأن من لم يبلغ لا تكليف عليـه فلا يلزمه إنكار الفاحشة.

وقيل :يكفي حضور المراهق . انتهى .

وقـد اختـلف كـلام النووي في هذه المسألـة ؛ فوافق في « الروضـة » علـى اشتـراط البـلوغ ، وجـزم في «فتـاويه» بأنه يكفـي المميـز ، وكـذلـك في « المنهاج».

---

(١) سقط من أ .

وعبارة « المحرر » : نعم لو كان في الدار محرم لها من الرجال أو محرم له من النساء أو زوجة أخرى أو جارية فلا بأس بشرط أن يكون المحرم مميزاً .

هذا لفظه ، والظاهر مخالفته لما في « الشرح » ، ولكن يحتمل أنه احترز بالرجال عن الصبيان وبالمميز عن المجانين .

ويؤيده أن الرافعي قال : ولابد في المحرم ومن في معناه من التمييز فلا عبرة بالمجنون هذا لفظه .

قوله : والحكاية عن الأصحاب أنه لا يجوز أن يخلو رجلان بامرأة واحدة ، ويجوز أن يخلو رجل بنسوة إذا كن تقيات ، وقد يفرق بأن استحياء المرأة من المرأة أكبر من استحياء الرجل من الرجل . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذى ذكره من امتناع خلوة الرجلين بالمرأة مقتضاه أنه لا فرق بين أن تبعد مواطأتهم على الفاحشة أم لا .

وقد اختلف فيه كلام النووي فقال في « شرح المهذب » في باب صفة الأئمة ما نصه : أما إذا خلا رجلان أو رجل بامرأة فالمشهور تحريمه لأنه قد يقع اتفاق رجال على فاحشة بامرأة .

وقيل : إن كانوا ممن تبعد مواطأتهم على الفاحشة جاز .

وأما الأمرد الحسن فلم أر لأصحابنا فيه كلاماً ، وقياس المذهب التحريم؛ لأن الصحيح تحريم النظر إليه مطلقا . انتهى كلامه .

وقال في « شرح مسلم » في باب تحريم الخلوة بالأجنبية - وهو في الربع الأخير من الكتاب - ما يخالف هذا ؛ فإنه لما ذكر قوله ﷺ : « لا يدخلن رجل بعد يومي هذا على مغيبة إلا ومعه رجل أو رجلان »[1] .

قال : المغيبة : بضم الميم وكسر الغين المعجمة وإسكان الباء : هى المرأة

(١) أخرجه مسلم (٢١٧٣) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما .

التى غاب عنها زوجها عن منزلها .

ثم قال ما نصه : ثم إن ظاهر هذا الحديث جواز خلوة الرجلين أو الثلاثة بالأجنبية ، والمشهور عند أصحابنا تحريمه ؛ فيتأول الحديث على جماعة تعبد المواطئة منهم على الفاحشة لصلاحهم أو مروءتهم أو غير ذلك. هذا لفظه .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من جواز خلوة الرجل بالنسوة قد جزم بامتناعه في كتاب صلاة الجماعة في الكلام على صلاة النسوة في جماعة ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

وذكر المسألة في « الشرح الصغير » ، في هذا الباب فقط كما ذكرها في « الكبير » ، وقد وقع هذا الاختلاف أيضاً في « الروضة » وكذلك في « شرح المهذب » أيضاً فقال فيه في باب صفة الأئمة : وإن أم بأجنبيات خاليات فطريقان : قطع الجمهور بالجواز .

وحكى أبو الفتوح في كتاب الخناثى وجهين ، ونقل الإمام وصاحب «العدة » في أول كتاب الحج في الكلام على الاستطاعة أن الشافعي نص على التحريم ، لكن المذهب ما سبق ؛ لأن النساء المجتمعات لا يمكن الرجل في العادة من مفسدة ببعضهن . انتهى كلامه .

وذكر مثله أيضاً في كتاب الحج من « الشرح » المذكور فقال في الكلام على الاستطاعة : جزم القفال وإمام الحرمين بأنه لا يجوز أن يصلى رجل بنسوة لا محرم له فيهن ،وحكاه عن النص .

وهذا الذى قالاه ضعيف ، والمشهور الجواز .

ثم قال بعده بدون صفحة : وإذا كان مع الخنثى نسوة من محارمه جاز، وإن كن أجنبيات فلا ،لأنه يحرم عليه الخلوة بهن . ذكره القاضي أبو الفتوح، وصاحب « البيان » وغيرهما .

هذا لفظه من غير مخالفه له ، ومقتضاه: التحريم جزماً على عكس ما صححه قبله في الحج وفي الصلاة ، وقد جزم الإمام في الحج بتحريم خلوة

الرجل بالنساء .

وقال في هذا الباب : ولا تزول الخلوة عند اجتماع رجلين بامرأة على ظاهر ما ذكره الأصحاب ، وليس كخلوة رجل بامرأتين .

قوله : وإذا كانت المرأة تسكن منزل نفسها ففي «المهذب» و«التهذيب» أنه يلزمها أن تعتد فيه ، لكن لها أن تطالبه بأجرة المسكن ؛ لأن السكنى عليه ، والأولى ما ذكره صاحب « الشامل » وغيره وهو: أنها إن رضيت بالإقامة فيه بإجارة أو إعارة جاز وهو الأولى ، وإن طلبت أن ينقلها فله ذلك وليس عليها بدل مسكنها بالإعارة ولا بالإجارة. انتهى كلامه .

ومقتضى كلام « المحرر » و « المنهاج » الجزم بأنه يجب عليها ملازمته على خلاف المذكور هنا وفي « الروضة » .

قوله : فإن لم يكن تركة ولم يتبرع الوارث بالإسكان ففي «التهذيب» أنه يستحب للسلطان أن يهيء لها مسكناً من بيت المال خاصة إذا كانت تزن بريبة .

ولفظ الروياني في « البحر » أن السلطان لا يلزمه أن يكتري لها إلا عند الريبة فيلزمه . انتهى كلامه .

وتزن : بتاء بنقطتين من فوق مضمومة ثم زاي معجمة مفتوحة ثم نون مشددة ، ومعناه : تتهم ، يقال : أزنه بالشيء على وزن أمده إذا اتهمه به، وأزنته أنا على وزن أعلمته أي : اتهمته .

قوله : فلو تبرع الوارث بإسكان المتوفي عنها زوجها من ماله حيث لا تركة لزمها الإجابة .

ثم قال : فلو أسكنها أجنبي متبرع قال الروياني : إن لم يكن المتبرع ذا ريبة فهو كالوارث، فعليها أن تسكن حيث يسكنها . انتهى .

وهذا الذى نقله عنه الرافعي من وجوب القبول من الأجنبي وأقره عليه قد ذكر نحوه أيضاً في التكفير عن الميت وتبعه عليه في « الروضة » فقال في الباب الثاني من كتاب الأيمان واللفظ « للروضة » ما نصه : فإن لم تكن تركة فتبرع أجنبى بالإطعام أو الكسوة عنه من مال نفسه جاز على الأصح، فإن تبرع بها الوارث جاز على الصحيح ، وقيل : لا ؛ لبعد العبادات على النيابة .

هذه عبارته : والإيجاب فيه نظر ،خصوصاً في المسألة الأولى ؛ فإن القبول فيه فاته ،وإنما أوجبنا في الوارث لأن له غرضاً صحيحاً في حفظ ماء مورثه ، وقد ذكر الرافعي نظير هذا في وفاء الدين عن الميت المعسر فقال نقلاً عن الإمام : إن أعطاه الوارث وجب على رب الدين قبوله ، وإن أعطاه الأجنبي فلا .

ذكره في باب القسامة ، وفيه كلام يأتيك في موضعه فراجعه .

وذكر النووي من زوائده هنا أن ما قاله الروياني فيه نظر ، ولم يذكر غير ذلك .

قال رحمه الله : القسم الثالث : في الاستبراء وفيه فصول :

الأول : في قدره وحكمه .

قوله : وإن كان الحمل من زنا ففي حصول الاستبراء بوضعه وجهان:

أحدهما - وهو الذى أورده أبو الفرج السرخسي - : لا يحصل ؛ لأن اشتغال الرحم به لا يوجب منعاً ؛ فالفراغ منه لا يفيد حلاً .

وأصحهما : على ما ذكر أبو سعد المتولي، وهو الذى أورده في «الكتاب » - أنه يحصل ؛ لإطلاق الخبر . انتهى .

والأصح ما صححه المتولي ؛ فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير »

والنووي في أصل « الروضة» و « زيادات المنهاج » : إنه الأصح .

قوله : وكما لا يجوز الوطء قبل الاستبراء لا تجوز سائر الاستمتاعات كاللمس والقبلة والنظر بالشهوة إن ملكها بغير السبي ؛ لأنها قد تكون حاملاً من سيدها أو من وطء شبهة فتكون أم ولد لغيره. وتبين أنه لم يملكها . وإن ملكها بالسبى ففي حل الاستمتاع بها في غيرالوطء وجهان : أظهرهما :الحل ؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما · أنه قال : وقعت في سهمي جارية من سبي جلولاء ، فنظرت إليها فإذا عنقها مثل إبريق الفضة فلم أتمالك أن وثبت عليها فقبلتها والناس ينظرون ولم ينكر عليّ أحد(١) . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره الرافعي في تعليل التحريم في غير المسبية تعليل عجيب ؛ فإنه ليس كل وطء شبهة تصير به الجارية أم ولد للواطئ بل هو خاص بوطء الأب جارية ابنه ووطء الشريك ، وأما وطء الأجنبي فلا تصير به الجارية أم ولد إلا إذا ملكها على رأي مرجوح .

نعم لو علل بأن الموطوءة بشبهة حامل بحر - وذلك يمنع الملك بالبيع ونحوه على الصحيح - لكان أحسن ، ومع ذلك فيستثنى منه ما إذا ملكت بالوصية ؛ فإن الذى يظهر - كما قاله ابن الرفعة في « المطلب » - أن حملها لا يمنع تملكها كما لا يمنع تمليك الأمة دون الحمل .

الأمر الثاني : أن تعليل ذلك باحتمال مصيرها أم ولد يقتضى الحل في مسائل أخرى غير المسبية ؛ وذلك حيث لا يمكن مصيرها أم ولد ؛ بأن تكون الجارية ممن لا يمكن أن تحمل ، أو كانت حاملاً من الزنا ،أو اشتراها وهي مزوجة وطلقها زوجها قبل الدخول ، أو كانت في ملكه فزوجها ثم طلقها زوجها بعد الدخول وأوجبنا الإستبراء بعد انقضاء العدة ،وقد صرح بمساواة هذه الأمور للمسية الماوردي في «الحاوي» .

---

(١) قال ابن الملقن : لم أر من أخرجه إلا ابن المنذر فإنه ذكره بغير إسناد .

الأمر الثالث : أن المسبية قد نص عليها الشافعي وأجاب فيها بعكس ما صححه الرافعي فقال في كتاب السير في باب الرجل يأسر جارية ما نصه : قال الشافعي : وإذا اشترى الرجل جارية من المغنم أو وقعت في سهمه أو في سوق المسلمين : لم يقبلها ولم يباشرها ولم يتلذذ بشيء منها حتى يستبرئها .

هذا لفظه ، ومن « الأم » نقلته .

وجلولاء : بفتح الجيم والمد : قرية بنواحي فارس ، والنسبة إليها جلولي ، على غير قياس : قاله الجوهري .

قوله : إحداها : ما يحصل به الاستبراء لو وقع بعد الملك وقبل القبض هل يعتد به ؟

نظر إن ملك بالإرث اعتد به ، وإن ملك بالهبة فلا ؛ لتوقف الملك على القبض ... إلى آخره .

وهذا التقسيم قد تابعه عليه في «الروضة» ، وهو سهو ؛ لأن الجديد أن الموهوب لا يملك إلا بالقبض كما ذكره هو في التعليل ، فكيف يصح التقسيم في المملوك قبل القبض ومورد التقسيم لابد أن يكون مشتركاً بين أقسامه وأقسام أقسامه كما قررناه فيما ألفناه في علم الأصول ؛ فالصواب أن يجعل مورد التقسيم مصبه بعد العقد لا بعد الملك .

وقد وقع في « الروضة » فيما هو أشد من ذلك ؛ فإنه تابع الرافعي على هذا التقسيم وحذف التعليل الذى ذكره الرافعي ؛ فاقتضى أنا إذا فرعنا على حصول الملك بدون القبض لا يصح الاستبراء أيضاً ، وهو عكس ما ذكره الرافعي وغيره .

قوله : الثانية : إذا وقع الحيض أو وضع الحمل في زمان الخيار المشروط، وقلنا الملك للمشترى أو بالتوقف فوجهان : أظهرهما: أنه لا يكفي لأن الملك غير لازم في تلك الحالة . انتهى ملخصاً .

وماصححه هنا من عدم الإكتفاء قد ذكر ما يخالفه في كتاب البيع في

الكلام على خيار الشرط فـإنه قال فيما إذا اشتراها وشـرط الخيار له فقط أن في حل الوطء طرقاً الصحيح منها أنه يبني على أقوال الملك .

والصحيح أن الملك للمشترى ؛ فيكون الصحيح حل الوطء ، ويلزم مما قـاله من الحل أن الاستـبـراء يكفي في زمن الخيـار وإلا لكان الوطء ممتنعـاً لفقدان الاستبراء .

وقد وقع الموضعان كذلك في « الشرح الصغير » و « الروضة » .

واعلم أن السبب في وقوع هذا الاختلاف أن الإمام والغزالي يذهبان إلى الاكتـفاء بوقوع الحـيض أو الحمل في زمن خيـار الشرط ، إذا قلنا : الملك للمـشتـري لأنهمـا صحـحا ذلك في هذا البـاب ، فلما تكلم الغـزالي في «الوجيـز» في البيع على الوطء أجاب بحله بناء على مـا يراه في هذا الباب فلما تكلم الغزالي في « الوجيز » في البيع على الوطء أجاب بحله بناء على ما يراه فى هذا الباب] (١) فشرح الرافعي ما قاله ، ثم إنه في هذا الباب لما أشبع الكلام على المسألة رأي أن الجمهور على خلاف ما قالاه فخالفهما غير مستحضر لما سبق منهما في البيع، ثم اختصر في « الروضة » الموضعين على ما هما عليه .

وقد حـاول ابن الرفعة فى « شـرح الوسيط » الجمـع بين الموضعين بأن المراد بالحل المذكـور في البيع هو ارتفـاع التحـريم المستند إلى ضـعف الملك وانقطاع سلطة البائع فـيما يتعلق بحقـه خاصة وإن كان التحـريم باقياً لمعنى آخر وهو الاستبراء .

---

(١) سقط من أ .

الفصل الثاني

في السبب

قوله : الثانيـة : إذا اشتري جارية مزوجة أو مـعتدة عن زوج أو وطء شبهـة ، وأجاز المشتري أيضـاً البيع أو كان عالماً بـحالها فلا استـبراء في الحال لأنها مشغولة بحق الغير .

فإن طلقهـا زوجها قبل الدخول أو بعده وانقـضت العدة أو انقضت عدة الشبهـة فهل يجب الاستبراء على المشتري ؟ فيـه قولان : أحدهما : لا يجب لأن الموجب للاستـبراء حدوث الملك ولم يكن حـينئذ في مظنة الاستـحلال . وأظهـرهما الوجـوب ؛ لأن الموجب قد وجـد ولا تعد في تراخي الحكم عن السبب .

ثم قـال : وقد يـقال بوجـوب الاسـتبـراء وبرد الخـلاف إلى أنه هل يدخل في العدة ؟ ويقرب منه ما حكيناه عن « التهذيب » من قبل . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخره بحثاً قد تابعه عليه في « الروضة » ، وهو عجيب ؛ فإنه إنما يأتي فيمن تجب عليهـا العدة - وهي المطلقة بعد الدخول - ، وهو قد حـكي القولين في المدخـول بها وغـير المدخـول بها مع أن المذكـور في «الحاوي » و « والتنبـيه» و « التـهذيب » لنصر المقـدسي هو الجزم في غـير المدخـول بهـا بوجوب الاسـتـبراء ، وحكـاية القولين في المـدخول بهـا ، وصرحـوا بأن الخلاف في دخـول الاستـبراء في العـدة .واعلم أنه لو طلق زوجته الأمة طلاقاً رجعياً ثم اشتراها وجب الاستبراء ؛ كذا جزم به الرافعي في كتاب الرجعة فينبغي استحضاره .

قوله : ولو اشـتراها من شريكين وطئـاها في طهر واحـد فهل يكفي

استبراء واحد لدلالته على البراءة أم يجب استبراآن كالعدتين من شخصين ؟ فيه وجهان.ويجريان فيما لو وطئاها وأرادا تزويجها . انتهى .

والصحيح لزوم استبراءين . كذا صححه الرافعي في كتاب العدد في آخر باب تداخل العدتين .

واقتضى كلامه أن مقابله ضعيف ؛ فإنه نقله عن حكاية الروياني فقط .

قوله : لو وطئها قبل الاستبراء أو استمتع وقلنا بتحريمه أثم ولا ينقطع الاستبراء لأن الملك لم يمنع الاحتساب ؛ فكذا المعاشرة ، بخلاف العدة ؛ فلو أحبلها بالوطء في الحيض فانقطع الدم حلت له لتمام الحيضة وإن كانت طاهرة عند الإحبال لم ينقض الاستبراء حتى تضع الحمل .

هذا لفظه في « الوسيط » . انتهى .

وهذه المسألة قد ذكرها القفال في « فتاويه » وجزم بأن الوطء والاستمتاع يقطعان الاستبراء ، ويستمر تحريم الوطء إلى أن ينعزل عنها وتستبرئ بعد ذلك .

ثم ذكر بعد ذلك كلاماً حاصله مجيء احتمال في ذلك وأنه كان يذهب إليه في نظيره من العدة لما كان مقيما بهراة وقبل انتقاله إلى مرو .

واعلم أن ما نقله الرافعي - رحمه الله - عن « الوسيط » صحيح إلا أنه عبر عن الطاهر بالحايل - أعني بالياء - فاعلمه .

قوله : ولو اشترى الأمة الموطوءة ثم أعتقها قال الأئمة : لا استبراء عليها ولها أن تتزوج في الحال ولم يطردوا فيها الخلاف المتقدم في المستولدة ؛ لأن المستولدة لها حق الحرية وفراشها يشبه فراش النكاح . انتهى كلامه .

وما ادعاه من عدم طردهم للخلاف ذكره في « الشرح الصغير » أيضاً ،

وكذلك النووي في « الروضة » .

وليس الأمر كما قالاه ؛ فقد نقل القاضي حسين في « تعليقه » عن بعضهم جريان الخلاف فيها . وصرح به أيضاً في « النهاية » و « البسيط » و« الذخائر » ؛ فحكوا في الصورتين ثلاثة أوجه :

والغريب أن الغزالي في « الوجيز » قد حكي هذه الأوجه ، وأغرب من ذلك أن الرافعي أيضاً قد نقلها عنه في الكلام على ألفاظه وبسطها فقال : وقوله : فلو استبرأها ثم أعتقها ، أراد في المستولدة والقنية جميعاً؛ ألا تراه ذكر من بعد وجهاً ثالثاً فارقاً فقال : وقيل : يمتنع ذلك - يعني التزويج - في المستولدة دون الرقيقة ، وهو من وجهة اللفظ راجع إلى الجارية الموطوءة، وهذا اللفظ ينتظم المستولدة وغيرها . هذه عبارة الرافعي .

قوله : وفي جواز تزويج أمّ الولد خلاف مذكور في باب أمهات الأولاد ، والأصح الصحة . انتهى .

وقد ذهل النووي في « الروضة » فتابع الرافعي على تعبيره بالأصح فاقتضي أن الخلاف في المسألة وجهان ، وليس كذلك بل الخلاف على ما ذكره هو في ذلك الباب إنما هو قولان .

قوله في المسألة : ولو استبرأها ثم أعتقها فهل يجوز تزويجها في الحال أم تحتاج إلى استبراء جديد ؟ فيه وجهان .

ثم قال : ويشبه أن يبني الخلاف على أن فراش أم الولد هل ينقطع بمجرد الاستبراء ؟ وقضية قولنا لا ينقطع وجوب الاستبراء . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره الرافعي غريب جداً ؛ فقد صرح هو بالمسألة قبل هذا بأسطر قلائل وصحح وجوب الاستبراء ، وعبر بلفظ الأصح ، وذكر هذا البناء بعينه ولم يتوقف فيه كما توقف ها هنا فقال : لو مضت مدة الاستبراء

[على أم الولد ثم أعتقها سيدها أو مات عنـها فهل تعتد بما مضى أم يلزمها الاستبراء] (١) بعد العتق؟ قال المتولي : فيه وجهان .

وكذلك حكاه الروياني عن القفال ، وقال في « التهذيب » فيه قولان : أصحهـما أن عليها الاستبـراء ، لا تعتد بما مضى كما لا تعـتد بما تقدم من الأقراء على ارتفاع النكاح ، والخلاف مبني على أن أم الولد هل تخرج عن كونها فراشاً بالاستبراء أو الولادة . هذا لفظه .

وأغـرب من ذلك أن النووي حكي وجهين فـقط ولم يذكـر البناء الذى أشار إليه الرافـعي ، ثم شرع من زياداته يذكر ترجيحاً فلم يتـحرر له؛ فإنه قال : قلت : أصحهما هذا لفظه ، ثم ترك بياضاً يسع كلمة واحدة .

هذا مع أنه ذكر قـبله بأسطر مثل ما ذكـره الرافعي أيضاً من التصـحيح والبناء ؛ فانظر كيف غفلا في هذا الزمن اللطيف ؛ فسبحان من لا يسهو .

واعلم أن مقـتضى هذا البناء أن الصـحيح أن أم الولد لا يزول فراشـها بالاستبراء ووضع الحمل حتى إذا أتت بولد بعد ذلك يلحقه ، بخلاف الأمة إذا استبرأها . وهذا الذى اقتضاه بناؤه قد اختلف فيه كلامه وكلام «الروضة» اختلافاً عجيباً ، وسأذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى .

قوله : الثـانية : إذا أعـتق مسـتولدته أو مات وهي فـي نكاح أو عدة زوج فلا استبراء عليها لأنها ليست فراشاً للسيد .

وخرج ابن سريج قولاً أنه يلزمها الاسـتبراء إذا مات السيد وهي في نكاحـه أو عدته بعـد فراغ عـدة الزوج ،وحكاه السرخـسى قولاً قـديماً ، وحكى القول به عن الإصطخري .

انتهى . فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن هذا الكلام يوهم أنا إذا أوجـبنا الاستبـراء في المزوجة والمعتدة فإنما يجـب بعد فراغ العدة منهما معـاً حتى لا يحرم على الزوج أن

(١) سقط من أ.

يطأها ولكن إن فارقها بطلاق أو غيره اعتدت منه ثم تشرع في الاستبراء .

والذى أوهمه كلامه ليس الأمر فيه كذلك بل تحرم على الزوج على هذا القول بمجرد الموت أو العتاق .

كذا ذكره إمام الحرمين فإنه جعل موت السيد وهى متزوجة كعتقه لها .

ثم قال : وفيهما قول مخرج أنه يجب الاستبراء كما سنضيفه .

ثم قال في التفـريع على وجوب الاستبـراء : وإن جري العتق في أثناء النكاح فهو بمثابة ما لو جري وطء شبهة في أثناء النكاح فلابد من استعقاب سبب العدة للعدة ، كذلك إذا جري العتق فـي أثناء النكاح فالوجه استقبال الاستبراء على الاتصال بالعتق .

هذا كلامه .

ولا شك أن الرافعي إنما فـرع على المعتدة فذكـر أن الاستبراء لا يتـقدم على العدة بل يتأخر عنها ؛ وكأنه ترك التفريع على المزوجة لوضوحه .

وقد اختــصره في « الروضة » اختــصاراً فاسداً فـإنه عبر بعبارة تـقتضي العود إليهـا معاً فقـال : إذا أعتق مستولدته أو مـات وهي في نكاح أو عدة زوج فلا استبراء . وخرج ابن سريج قولاً أنه يلزمها الاستبراء بعد فراغ عدة الزوج .

هذه عبارته .

الأمــر الثــاني : أن مـا ذكره الرافـعي من أنا إذا فرعنا على وجـوب الاستبراء فشرط كونه بعد العـدة قد تابعه عليه أيضاً في « الروضة » ومحله إذا كانت من ذوات الأشهر .

فإن كانت من ذوات الأقراء كفاها الحيض الواقع في العدة .

كذا جــزم به الرافعي بعد هذا بنــحو ورقة في الكلام على مـا إذا مات السيد والزوج جـميعاً في الحال الثاني منه وهو مـوت الزوج أولاً ، فاعلمه

والعجب من إطلاق الحكم في موضعه ، وذكر تفصيله الذى لا شعور للذهن به في بعض تفاريعه التي قد يغرب الشخص عنها ولا ينظر فيها، ولكن الظاهر أن الرافعي لم يقف في الموضع الأول على التفصيل ، ثم وقف عليه بعد ذلك . على أن الرافعي قد ذكر بعد الموضع الثاني بنحو صفحة ما يقتضي موافقة الأول فقال في أثناء كلام : وعن أبي إسحاق رواية وجه أنه يشترط أن يكون الحيض بعد مضي شهرين وخمسة أيام من هذه المدة لئلا يقع الاستبراء وعدة الوفاة في زمان واحد .

قال الأئمة : وهذا غلط من قائله ؛ لأن الاستبراء إنما يجب على تقدير تأخر موت السيد وحينئذ فتكون عدة الوفاة منقضية بالمدة المتخللة ولا يتصور الاجتماع .

هذا كلامه ، فاقتضي أن الاجتماع حيث أمكن ممتنع ، ولكن هنا غير ممكن.

قوله في المسألة : وأشعر إيراد التتمة بتخصيص الوجوب بما إذا أعتقها أو مات عنها وهي في نكاح زوج انتهى وهذه الطريقة قد أسقطها النووي من « الروضة » .

قوله:والمستولدة المزوجة إذا مات سيدها وزوجها جميعاً فلها أحوال:

أحدها : أن يموت السيد أولاً وقد مات وهي مزوجة.

وقد ذكر أنه لا استبراء عليها على المذهب .

فإذا مات السيد بعده اعتدت عدة حرة .

الحال الثاني : أن يموت الزوج أولاً فتعتد عدة أمة ، ثم إن مات السيد وهي في عدة الزوج كفاها ذلك ، وإن مات بعد خروجها من العدة لزمها الاستبراء علي الأصح تفريعاً على عودها فراشاً للسيد .

الحال الثالث : أن يموت السيد والزوج معاً فلا استبراء لأنها لم تعد إلى فراش السيد ، ويجيء فيها الخلاف المذكور فيما إذا أعتقت وهي معتدة ، وهل تعتد عدة أمة أو عدة حرة ؟ وجهان : أصحهما عند الغزالي : عدة أمة ، وقطع البغوي بعدة حرة احتياطاً .

الحال الرابع : أن يتقدم أحدهما ويشكل السابق ... إلى آخر ما قال .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا التعبير قد تابعه عليه في « الروضة » وقد أهملا قسماً خامساً ؛ وهو ألا يعلم هل ماتا معاً أو أحدهما قبل الآخر، وقد صرح به الإمام في « النهاية » وقال : إن الوجه فيه الأخذ بالأحوط وهو أربعة أشهر وعشراً مع مراعاة الحيضة . .

الأمر الثاني : أن الراجح من الوجهين الأخيرين هو ما قاله البغوي ؛ فقد ذكر الماوردي في كتاب العدة بأن الطلاق والعتق إذا وقعا معا بأن علقا على شيء واحد فإنها تعتد عدة الحرائر جزماً ،ومسألتنا مثلها ، والذي قاله الغزالي إنما يأتي إذا فرعنا على أنها إذا أعتقت في أثناء العدة تتم عدة أمة ، أما إذا قلنا : تتم عدة حرة ، فهاهنا أولى ؛ لأن الحرية مقارنة .

قوله : في القسم الرابع وفيه صور :

أحدها : أن يعلم أنه لم يتخلل بين موتهما شهران وخمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر وعشراً من موت آخرهما موتاً لاحتمال تأخر موت الزوج ، ولا استبراء عليها على الصحيح ؛ لأنها عند موت السيد زوجة أو معتدة.فإن أوجبنا الاستبراء فحكمه كما نذكره إن شاء الله في الصورة الثانية . انتهى كلامه .

وما ذكره تفريعاً على إيجاب الاستبراء من أن حكمه كالحكم في الصورة الثانية قد تابعه عليه في « الروضة » ، وهو ذهول ؛ فإنه قد حكم هناك بالتداخل ؛ على ما ستعرفه، والتداخل هنا مردود ؛ لأن التفريع على

إيجاب الاستبراء [والاستبراء لحق السيد] (١) والعدة لحق الزوج . والحقان إذا كانا الشخصان لا يتداخلان على الصحيح سواء كانا عدتين أو استبرائين أو عدة واستبراء . ولنذكر لفظه في الصورة الثانية فنقول : قال:

الصورة الثانية : أن يعلم أنه تخلل بين الموتين أكثر من شهرين وخمسة أيام فعليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام من موت آخرهما موتاً ، ثم إن لم تحض في هذه المدة فعليها أن تتربص بعدها بحيضة؛ لاحتمال أن الزوج مات أولاً وانقضت عدتها وعادت فراشاً للسيد، وإن حاضت في هذه المدة فلا شيء عليها ، وسواء كان الحيض في أول المدة أو آخرها . انتهى كلامه.

وإذا تأملته اتضح لك ما ذكره من عدم التداخل ، وقد صرح به الغزالي في «البسيط» حتى أنه عبر فيه بقوله : ولا يخفى أنهما لا يتداخلان ، وذكر في «النهاية» ما يشير إليه أيضاً .

واعلم أن الحاصل من أصل المسألة ستة أقسام،تكلم الرافعي على خمسة منها وأهمل سادسها؛وهو أن تعلم عين السابق ثم تنشيء،وقياسه الاحتياط.

قوله : ولو تخلل شهران وخمسة أيام بلا مزيد فهل هو كما لو كان التخلل أقل من هذه المدة أم كما لو كان أكثر ؟ فيه الوجهان السابقان .

انتهى كلامه . فيه أمران :

أحدهما : أن تعبيره في آخر كلامه بالوجهين ذكر مثله في « الروضة » أيضاً وهو يشير بذلك إلى وجهي الغزالي والبغوي المتقدمين المذكورين فيما إذا مات السيد والزوج معاً هل تعتد عدة حرة أو عدة أمة ؟ لأن تردد هذا بين الأكثر والأقل كتردد ذلك بين تقدم العتق وتأخره ؛ فاستويا في مراعاة الاحتياط والتيقن .

الأمر الثاني : أن الفتوى على أن حكم ذلك حكم الأكثر فقد نقله المزني في « المختصر » عن الشافعي - رضي الله عنه - [ونقله عنه الماوردي فقال:

---

(١) سقط من أ.

قال الشافعي ـ رضي الله عنه]: (١) فإن ماتا فعلم أن أحدهما مات قبل الآخر بيوم أو شهرين وخمس ليال أو أكثر ولا يعلم أيهما مات أولاً اعتدت من الأخير منها بأربعة أشهر وعشراً فيها حيضة ؛ فقد نص الشافعي على الشهرين والخمس ليال وعلى الأقل منها وألحقها الأكثر ، ثم إن المزني سلم إلحاق الشهرين والخمس ليال بالأكثر ، واعترض على الأول فقال : هذا عندي غلط في الأول ؛ لأنه لا معنى للحيضة . ثم إن الماوردي سلم للمزني صحة الحكم الذي قاله ، وكذلك غيره من الأصحاب .

قوله : ولهذا ولد أمّ الولد يلحقه إذا ولدته بعد ستة أشهر من حين استبرأها ، وولد الأمة لا تلحقه . قاله الروياني . انتهى كلامه .

وما ذكره في ولد الأمة مسلم ، وأما في ولد أمّ الولد فقد اختلف فيه كلامه ، وسأذكره واضحاً في الفصل الذي يلي هذا .

قوله : ولو قال السيد : قد أخبرتني بتمام الاستبراء فقد أطلق في الكتاب أنه يصدق السيد .

ووجه بأن الاستبراء من باب التقوى ففوّض إلى السيد وليس ذلك بحال الخصومات ولو لم يكن كذلك لحلنا بين السيد وبينها كما نحول بين الزوج والمعتدة عن وطء الشبهة واستند فيه إلى وجه آخر توجها بأن الأصل عدم انقضاء الاستبراء . وهل لها أن تحلفه ؟ فيه وجهان ... إلى آخره .

لم يصحح شيئاً من المسألتين في « الشرح الصغير » أيضاً ، والأصح في الأولي تصديق السيد . كذا جزم به الرافعي في « المحرر » وصححه في «الروضة » ولم ينبه فيها على أنه من « زياداته » بل أدخله في كلام الرافعي؛ فتفطن له فإنه غريب .

وأما الثانية : فالأصح فيها أن للأمة التحليف . كذا صححه في «الروضة» من « زوائده » .

---

(١) سقط من أ.

الفصل الثالث
فيما تصير به الأمة فراشاً

قوله في أصل « الروضة » : ولو نفي الولد مع الاعتراف بالوطء بأن ادعى الاستبراء بحيضة بعد الوطء فينظر إن ولدته لدون ستة أشهر من وقت الاستبراء فالاستبراء لغو ويلحقه الولد ، فلو أراد نفيه باللعان فقد سبق في كتاب اللعان أن الصحيح جوازه في هذه الصورة .

انتهى كلامه . فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من تصحيح الجواز عكس ما ذكره الرافعي ؛ فإنه قال ما نصه : فلو أراد نفيه باللعان فقد مر أن الصحيح أن نسب ملك اليمين لا ينفي باللعان ، وادعي أبو سعد المتولي أن الصحيح في هذه الصور أن له أن يلاعن ؛ لأن من وطئ زوجته في طهر ورماها بالزنا في ذلك الطهر وأتت بولد كان له نفيه باللعان ؛ فيبعد أن نلزمه بنسب ولد الأمة في هذه الحالة ولا نلزمه بنسب المنكوحة هذا لفظه ؛ ومقتضاه : أن الصحيح خلاف ما قاله المتولي ، وقد حذف في « الشرح الصغير » مقاله المتولي واقتصر على المذكور قبله وهو تصحيح عدم النفي ؛ فدل على ضعف تلك المقالة كما قلناه ؛ وحينئذ فيكون كلام « الروضة » على العكس مما في الرافعي وهو المدعي .

الأمر الثاني : أن كلامه هذا مخالف لما قد سبق منه في الباب الثالث من أبواب اللعان قبل الطرف الثالث بأسطر فإنه قال : فصل : إذا لحقه بسبب ملك يمين في مستولدة أو موطوءة بشبهة لم ينتف عنه باللعان على الأظهر ، وقيل قطعاً .

ثم قال بعد ذلك ما نصه : ولو اشترى أمة فوطئها بعد الشراء أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الوطء ولدون أربع سنين من وقت الشراء فإن

لم يدع الاستبراء بعد الوطء لحقه الولد بملك اليمين . وهل له نفيه باللعان؟

فيه الطريقـان :

فإن ادعي الاستبراء بعد ، فـإن أتت به لأقل من ستة أشـهر من وقت الاستبراء فالحكم كذلك وتلغو دعوي الاستبراء ، وإن كان لستة أشهر فأكثر لم يلحقه الولد على الأصح .

هذا لفظه . وبه يعلم أن المذكور هنا غير صحيح .

واعلم أنا إذا قلنا : ينتفي بدعـوي الاستبـراء ، هل معناه أن دعـوي الاستبراء هل تكفي أو لابد مع الدعوي من اليمين ؟

لم يتعرض له الرافعي ، وفيه نظر .

قولـه : ويقرب من هذا الخلاف اختلافـهم فيـما إذا أتت بولد بـعد الولد الذي ألحقناه بالسيـد لستة أشهر فصاعداً هـل يلحقه الولد الثاني ؟ فأحـد الوجهين أنه يلحقـه لأنها قد صارت فـراشاً فيلحـقه أولادها عند الإمكان كما في النكاح .

والثاني : أنه لا يلحقه إلا أن يقـر بوطء جديد لأن هذا الفراش يبطل بالاستبراء فلأن يبطل بالولادة كان أولى .

ثم قـال : لكنهم مـائلون إلى أنـه لا يلحق الولد الثـاني إلا بالإقـرار بوطء جـديد لأن الولادة أقـوي من الاستـبـراء ، والاستـبـراء يبطل هذا الفراش كما تقرر . انتهى كلامه .

وحاصلة ترجـيح الأصحاب لعدم الـلحوق ، وهو ظاهر متجـه ، وقد تبعه عليه في « الروضة » أيضاً وعبر بالأصح .

إذا علمت ذلك فقـد خالفه مـخالفة عـجيبة فـي أثناء الباب الرابع من أبواب الإقرار ؛ فإنه جـزم بأنه يلحـق ، ثـم نقـل عـدم اللحـوق وجهاً عن

« التتمة » ، وأشعر به حتى قال : إنه لم يره لغيره ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك وتابعه في « الروضة » أيضاً .

قوله الثالثة : الإقرار بالإتيان في غير المأتي لا يكون كالإقرار بالوطء فلا يلحق به الولد ، وفيه وجه ضعيف . انتهى كلامه .

وما صححه في الإتيان في غير المأتي - أي : في الدبر - من كونه لا يلحقه الولد حتى بالغ فضعف اللحوق : غريب جداً ، فإنه كان قد ذكر ما يقتضيه أيضاً قبل ذلك في أوائل باب قذف الزوج ، وصرح في « الروضة » بتصحيحه [لأجل ما فهمه من اقتضاء كلام الرافعي له . فقد جزم ـ أعني الرافعي ـ بالذي ادعى] (١) هنا أنه ضعيف في أوائل الطلاق في الكلام على السبب الثاني من الأسباب التي تقتضي كون الطلاق بدعياً فقال : ولو أتاها في غير المأتي ففيه تردد للشيخ أبي علي ، والأصح أنه يوجب تحريم الطلاق كما يثبت به النسب وتجب به العدة . هذا لفظه وصححه أيضاً قبل ذلك في أوائل القسم الخامس المذكور بعد ثبوت الخيار للقنية ، وعبر بلفظ الأصح فقال : وهل يثبت به النسب ؟

فيه وجهان : أصحهما : نعم ؛ لأنه قد يسبق الماء إلى الرحم من غير شعور به ، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتي السيد أمته في غير المأتي ، أو فرض ذلك في النكاح الفاسد ، فأما في النكاح الصحيح فإمكان الوطء كاف في ثبوت النسب .

هذا لفظه . فانظر كيف جزم باللحاق في موضع ثم صححه في آخر ثم ضعفه في موضع ثالث فقال : إنه وجه ضعيف ، ووقع هذا الاختلاف أيضاً في « الشرح الصغير » و « الروضة » .

---

(١) سقط من أ.

كتاب الرضاع

وفيه أربعة أبواب:

الأول : في أركانه

قوله : فلبن البهيمة لا يتعلق به تحريم حتى إذا شرب منه صغيران لم تثبت بينهما أخوة لأن الأخوة فرع الأمومة ، فإذا لم تثبت الأمومة التي هي الأصل لا تثبت الأخوة . انتهى .

وما ذكره في الاستدلال قد صرح بعكسه بعد هذا فقال : وإذا كان لرجل خمس مستولدات فارتضع صبي من كل واحدة رضعة ، فقيل : لا يصير الرجل أباً له ؛ لأنه [لا] (١) أمومة فلا أبوة .

ثم قال : وأصحهما أنه يصير ، ويجوز أن تثبت الأبوة دون الأمومة كما [يجوز أن تثبت الأمومة دون الأبوة كما] (٢) إذا در لبن بكر أو ثيب لا زوج لها .

قوله : وعن ابن أبي هريرة أنه يستدل باللبن على أنوثة الخنثي عند فقد سائر الأمارات . وظاهر المذهب أن اللبن لا يقتضي الأنوثة ، وقد أشرنا إلي الخلاف فيه في كتاب الطهارة . انتهى .

وهذا الوجه الذي أشار إلى تقدمه قد ذكره - أعني الرافعي - في نواقض الوضوء ، ولا ذكر له في « الروضة » بالكلية ، وقد أوضحت ذلك في باب النواقض فليراجع .

قوله : فإن حلب لبن امرأة بعد موتها وأوجر الصبي أو ارتضع من ثدي ميتة لم يتعلق به التحريم ، خلافاً للأئمة الثلاثة، ثم قال : واحتج

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من أ ، ب .

الأصحاب بأنه لبن حرام قبل انفصاله فلا يتعلق به التحريم اللبن المنفصل من الرجل . انتهى كلامه .

وما ذكره من تقييد الحرمة بكونه قبل الانفصال تقييد عجيب لا فائدة له بل غير معقول ؛ لأن الأعيان لا توصف بالحل والحرمة ، وإنما الموصوف بذلك أفعال المكلفين المتعلقة بها ؛ فالذي يمكن تعلق التحريم به في مسألتنا إنما هو حلبه مثلا أو شربه أو نحو ذلك ، ولفظه لا يدل عليه ، وبتقدير إرادته فللخصوم منع هذا الحكم في المقيس والمقيس عليه معاً .

وقد اختلفوا في طهارة لبن الرجل والمرأة الميتة كما تقدم إيضاحه في كتاب الطهارة .

قوله : نقلاً عن الحليمي : وهذا شيء استنبطته أنا وكان في قلبي منه شيء حتى عرضته على القفال الشاشي ، وابنه [القاسم فارتضياه . فسكت. انتهى] (١) .

وابنه بالنون لا بالياء ؛ فإن القاسم هو ابن القفال ، والقاسم هذا هو صاحب « التقريب » كما تقدم إيضاحه في مقدمة الكتاب .

قوله : ولا يحصل التعدد بأن يلفظ الثدي ثم يعود إلى الاكتفاء في الحال ، ولا بأن يلهو عن الامتصاص والثدي في فمه ثم يعود إلى الامصتاص . انتهى كلامه .

وما ذكره في المسألة الثانية من التقييد ببقاء الثدي في الفم قد تابعه عليه في « الروضة » ، وهو يوهم اشتراطه . وليس كذلك ؛ فقد قال الشافعي في « المختصر » : فإن التقم الثدي فلها قليلاً فإن تفله ثم عاد إليه كانت رضعة واحدة هذا لفظه بحروفه . وهو واضح من جهة المعنى .

قوله : ولو حلب خمس نسوة في إناء واحد وأوجر الصبي دفعة واحدة حصلت من كل واحدة رضعة ، وإن أوجر في خمس دفعات فقد حكي فيه وجهان ؛ والذي أورده القاضي الروياني منهما ثبوت الحرمة .

---

(١) سقط من أ .

انتهى كلامه .

والأصح أن ذلك لا يثبت التحريم بل يحسب من كل واحدة رضعة ؛ فقد ذكر الرافعي قبل هذا أن المرأة إذا حلبت دفعة واحدة ثم أوجر الصبي في خمس دفعات كان رضعة على الأصح عند الأكثرين .

وهذه هي المسألة بعينها ولأجل هذا صححه النووي في أصل « الروضة» والعجب من الرافعي في ذكره له ثانياً على صورة توهم رجحان خلاف الراجح .

قوله : لنا ما روي عن عائشة ـ رضى الله عنها - أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن[1] ... إلى آخر الحديث .

القعيس : بقاف وعين مفتوحتين وسين مهملة : هو خروج الصدر ودخول الظهر ، ضد الحدب ، تقول: رجل أقعس وقعيس ، والواقع في الحديث مصغر فيجوز أن يكون تصغيراً لكلٍ من الثلاثة المذكورة ، إلا أنه إن كان تصغيراً لأبي قعيس فيكون محذوف الزائد لكونه تصغير ترخيم والحديث صحيح رواه الشيخان .

(١) أخرجه مالك (١٢٥٦)،والبخاري (٤٥١٨)،ومسلم (١٤٤٥) من حديث عائشة رضي الله عنها .

الباب الثاني
فيما يحرم بالرضاع

قوله : أما اللبن النازل على ولد الزنا فلا حرمة له حتى لا يحرم على الزاني أن ينكح الصغيرة التي ارتضعت من ذلك ، لكنه يكره ، وقد حكينا في النكاح وجهاً أن الزاني لا يجوز له أن ينكح بنت الزنا ؛ فيشبه أن يجيء ذلك الوجه هاهنا أيضاً . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على إجراء هذا الوجه بحثاً ، وهو يقتضي أنه لم يقف على نقله،وقد صرح بنقله الإمام في «النهاية» والغزالي في «البسيط» .

قوله : واستشهد لذلك بما روي أنه ﷺ قال : « أنا سيد ولد آدم بيد أني من قريش ، ونشأت في بني سعد ، وارتضعت في بني زهرة » ويروي :[(١)] « أنا أفصح العرب بيد أني من قريش .. » إلى آخره .

وكانت هذه القبائل أفصح العرب . انتهى كلامه .

وبيد : بباء موحدة مفتوحة ، ثم ياء ساكنة بنقطتين من تحت ، بعدها دال مهملة معناها غير .

---

(١) تقدم .

الباب الثالث
في بيان الرضاع
القاطع للنكاح وحكم الغرم فيه

قوله : وكل امرأة يحرم عليه أن ينكح بنتها إذا أرضعت تلك المرأة زوجته الصغيرة خمس رضعات ثبتت الحرمة وانقطع النكاح وغرمت المرضعة للزوج نصف مهر مثلها على الأظهر المنصوص .

وفي قول : المهر .

وفي ثالث : المسمى .

وفي رابع : نصفه .انتهى .

وما ذكره من تصحيح القول بنصف المهر تابعه عليه أيضاً في «الروضة» وقد سبق منهما ما يخالفه في الحج في باب محرمات الإحرام في النوع الرابع المعقود للحلق والقلم ، فإنهما جزما هناك بإيجاب المهر ، وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله :ولا فرق في الغرم بين أن يجب عليها الإرضاع بأن لا تكون هناك مرضعة غيرها أم لا ، وفيه احتمال للشيخ أبي حامد . انتهى كلامه.

وهذا الاحتمال الذى نقله واقتضي كلامه عدم التصريح بحكايته وجهاً قد تابعه عليه في « الروضة » ، وهو وجه صرح به جماعة منهم الماوردي هنا ، والعمراني في « الزوائد » في كتاب النكاح .

قوله : الثاني : عن ابن الحداد أنه قال : لو كانت الصغيرة مفوضة وأرضعتها أم الزوج فالواجب لها على الزوج المتعة والزوج يرجع على المرضعة بالمتعة.

قال الأئمة : هذا إنما يتصور أولاً فيما إذا كانت الصغيرة أمة فزوجها السيد بلا مهر ، وأما الحرة الصغيرة فلا يتصور في حقها التفويض .

ثم القول بأن الزوج يرجع بالمتعة يوافق من الأقوال المذكورة القول الذاهب إلى أنه يرجع بنصف المسمى ، والظاهر أنه يرجع بنصف مهر المثل أو جميعه وإن كان الذى غرمه نصف المسمى فكذلك الحكم هاهنا. انتهى كلامه.

تابعه في « الروضة » على تصوير المسألة بما ذكرناه ، وقد أهملا أمراً آخر لا تتصور المسألة بدونه ؛ وهو أن يكون الزوج عبداً ؛ فإن الحر المستجمع لشروط نكاح الأمة ليست له نكاح أمة صغيرة على الصحيح المذكور في بابه؛ لأنه لا يأمن بها من العنت .

إذا علمت أنه لا يتصور إلا بما ذكرناه اتجه لك حينئذ أن تقول : إذا كان عبداً لم يثبت الرجوع له بل لسيده كما صرح به الرافعي قبل هذه المسألة، وتصريحه هنا بقوله : والزوج يرجع .. إلى آخره ، لا يستقيم إلا في الحر، وقد تقرر أن المسألة لا تتصور إلا في العبد .

نعم إذا عتق العبد قبل الرضاع استقامت هذه المسألة فتلخص أنها لا تتصور إلا بأن تكون الزوجة أمة والزوج عبداً وقد عتق قبل استكمال الرضاع .

قوله : ولو أوجرها خمسة أنفس من لبن أم الزوج أو غيرها من المذكورات كل واحدة مرة فعلى كل واحد منهم خمس الغرم . ولو أوجر واحد مرة وآخران كل واحد مرتين فقيل : يوزع الغرم عليهم أثلاثاً لاشتراكهم في إفساد النكاح ، وقيل : على عدد الرضعات وهو أصح ما ذكره ابن كج . انتهى ملخصا.

صحح النووي في « أصل الروضة » ما صححه ابن كج .

قوله :الرابع : لو أرضعت بتخويف الغير قال في « البحر » : فالغرامة عليها في أصح الوجهين ، وعلى المخوف في الثاني . انتهى كلامه.

وما نقله هنا عن تصحيح الروياني وأقره ذكر مثله في « الروضة » وصرح بتصحيحه ابن الرفعة في « الكفاية » والصحيح خلافه ؛ وذلك لأن الإكراه على الإرضاع في هذه الحالة إكراه على إتلاف البضع ؛ وحينئذ فتكون هذه المسألة فرداً من قاعدة الإكراه على الإتلاف وفيها أربعة أوجه ذكرها الرافعي في الجنايات بعد الكلام على الإكراه على القتل : الأول والثاني : ما ذكره الرافعي هنا .

والثالث : عليهما نصفان ، والرابع : للمالك أن يطالب من شاء منهما، غير أنه إذا طولب المتلف رجع على الآمر. قال الرافعي : وهذا أصح الوجوه وتبعه عليه في « الروضة » .

قوله في الروضة : ولو ارتضعت منها وهي مستيقظة ساكتة فهل يحال الرضاع على الكبيرة لرضاها به أم لعدم فعلها كالنائمة ؟ وجهان حكاهما ابن كج . قلت : الأصح الثاني ، والله أعلم .

وهذا التصحيح الذي ذكره من زوائده وهو كونه لا ينسب إلى الكبيرة غلط ؛ فقد جزم في أول الفرع بعكسه فقال : فرع : إنما يجب الغرم في الصور السابقة على أم الزوج ومن في معناها إذا أرضعت أو مكنت الصغيرة من الإرضاع . هذا لفظه . فجزم بأن الفعل لا يشترط بل يكفي التمكين .

وذكر الرافعي مثله أيضاً وهو الحق فقد جعلوا مثل هذا تمكيناً منسوبا إليه فيما إذا أتلف شخص وديعة تحت يده ، أو صب في جوفه وهو صائم شيئاً من المفطرات ، أو حمله فدخل به الدار المحلوف عليها ، وغير ذلك .

واعلم أن الرافعي لم يذكر هذه المسألة هنا بل ذكرها في آخر الباب الذي يلي هذا وهو آخر أبواب الرضاع ؛ فإما أن يكون النووي نسى هذه المسألة التي مر عليها في هذا الباب - وهو الظاهر - فرجح من عنده هذا الترجيح، وإما أن يكون قد أراد التعبير بالأول فعبر بالثاني غلطاً .

قوله : ولو أرضعتها الأم أربع رضعات ثم ارتضعت الصغيرة منها

وهي نائمة المرة الخامسة فقد قال صاحب « التتمة » في نظيره لأصحابنا اختلاف ؛ وهو أن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثا على التلاحق يتعلق التحريم بالطلقة الثالثة وحدها أو بالطلقات الثلاثَ؟

إن قلنا : تعلق بالثالثة وحدها فكذلك هاهنا يحال التحريم على الرضعة الأخيرة، ويكون الحكم كما لو ارتضعت الخمس وصاحبه اللبن نائمة فلا غرم على الكبيرة ويسقط مهر الصغيرة .

وإن قلنا بالثلاث تعلق التحريم هاهنا بالرضعات.

ثم قال ما نصه : وعلي هذا قياس التوزيع على الرضعات أن يسقط من نصف المهر خمسه، ويجب على الزوج أربعة أخماسه ، ويرجع على المرضعة بأربعة أخماس مهر المثل تفريعًا على القول الأظهر . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخره من إنه يرجع على التي أرضعت بأربعة أخماس المهر إذا فرعنا على القول الراجح غلط، تبعه عليه في «الروضة»، بل الأمر كما قال من أنه يرجع بالأخماس الأربعة، فأما كون تلك الأربعة من مهر المثل كاملاً فلا بل من نصف مهر المثل؛ وذلك لأن أمّ الزوج مثلاً إذا أرضعت زوجة ابنها وحكمنا باندفاع نكاح الصغيرة أوجبنا لها نصف المسمى بلا نزاع .

وهل يرجع الزوج بالمسمي كاملاً أو نصفه أو بمهر المثل كاملاً أو بنصفه؟ فيه أقوال أربعة : أظهرها الأخير . هكذا ذكره الرافعي قبل هذا بنحو ورقة، وتبعه عليه النووي .

فإذا فرعنا علي ما قالا أنه الأظهر - وهو أنه لا يرجع علي من أفسده إلا بالنصف - لزم حينئذ ما قلناه وهو أنه يرجع علي التي أرضعت بأربعة أخماس ذلك النصف خاصة ؛ لأنه الذي وجب له .

وقد ذكر الرافعي والنووي أمثله أخرى غير هذا علي ما ذكرناه من الصواب.

الباب الرابع : في النزاع

قوله :ويروي أن عقبة بن الحارث نكح ثيباً لأبي إهاب بن عزيز فأتته امرأة وقالت : قد أرضعت عقبة والتي نكحها . قال لها عقبة : ما أعلم أنك أرضعتني ولا أخبرتيني ، فركب إلي النبي ﷺ بالمدينة فسأله عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ كيف وقد قيل؟ففارقها ونكحت زوجاً غيره[1].

قوله :ولو شهد اثنان بالرضاع وقالا تعمدنا النظر إلى الشدي لا لتحمل الشهادة لم تقبل شهادتها لأنهما فاسقان بقولهما . انتهى كلامه .

والحكم بفسقهما بالنظر مردود فإنه ليس كبيرة ولا إصرار على صغيرة ، وقد اعترض النووي عليه في ذلك. فقال: قلت : مجرد النظر معصية صغيرة لا ترد الشهادة ما لم يصر عليه فاعله ويشترط أيضاً أن لا تكون ظهرت توبته بعد ذلك والله أعلم .

وكلامه يقتضي أنه إذا أصر على النظر وحده ردت شهادته ، والراجح على ما ذكره هو الرافعي في كتاب الشهادات خلافه ؛ فإنهم صححوا أن تكرار النوع الواحد لا يقتضي رد الشهادة ، وسوف أذكره في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله :الثانية : أطلق جماعة أن الشهادة المطلقة بأن يكون بينهما رضاعاً محرماً مقبولة.

وقال الأكثرون : لابد من التعرض للشرائط . ثم قال : ويحسن أن يفصل فيقال : إن كان المطلق فقيهاً موثوقاً بمعرفته فنقبل منه الإطلاق وإلا فلابد من التفصيل .انتهى كلامه.

وكونه فقيهاً لا يكفي بل ينبغي أن يكون فقيهاً على مذهب القاضي ، وكلاهما مقلد . فلو كانا مجتهدين قال في « المطلب » : ففيه نظر ؛ لأنه قد يتغير اجتهاد أحدهما عند الشهادة .

---

(١) أخرجه البخاري (٨٨) من حديث عقبة بن الحارث رضي الله عنه .

كتاب النفقات

وأسبابها ثلاثة : النكاح ، والقرابة ، والملك .

السبب الأول : النكاح : وفيه ثلاثة أبواب :

الأول : في قدر النفقة وكيفيتها .

قوله : لوجوب النفقة أسباب ثلاثة : ملك النكاح ، وملك اليمين ، وقرابة البعضية . فالأول والثاني يوجبان النفقة للملوك على المالك دون العكس ، والثالث يوجبها لكل من القريبين على الآخر. انتهى.

وهذا الحصر يرد عليه أمور :

منها : إذا نذر هدياً أو أضحية تجب نفقتها عليه مع انتقال الملك إلى الفقراء . ومنها نصيب الفقراء من الماشية بعد الحول وقبل إمكان الإخراج تجب نفقته على المالك على ما يقتضيه كلامهم . ولا يحضرني الآن نقله .

ومنها نفقة خادم الزوجة ، على ما بينوه بعد ذلك ؛ فإن الأسباب الثلاثة منتفية عنه مع وجوب نفقته .

وكذلك استعارة الحيوان ؛ فإنها توجب نفقته علي المستعير كما قاله القاضي حسين ، وقال الماوردي في «الإقناع» والعمراني في « البيان » : تجب علي المالك وهو القياس ، وبه جزم ابن الرفعة في « الكفاية» في الكلام علي نفقة خادم المرأة .

قوله : واستخرج الأصحاب من خبر هند - وهو قوله ﷺ : « خذي

من النفقة ما يكفيك ويكفي ولدك » [1] **فوائد منها : أنه يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه على الغائب .**

وأجيب عنهما بأنه أفتى ولم يقض . انتهى كلامه .

وما ذكره هاهنا من أنه أفتى أو حكم على غائب ذكره في ثلاثة مواضع من كتابه : أولها ما ذكرناه ، وثانيها : في باب نفقة الأقارب ، وثالثها : في أول القضاء على الغائب ، واختلف فيها كلامه ؛ فرجح في الموضع الثاني أنه إفتاء وبه يشعر كلامه هنا ، وجزم في الثالث بأنه حكم علي غائب، وسوف أذكر لفظ كل موضع في بابه إن شاء الله تعالى .

قوله :وفي قدر الواجب ثلاثة أقوال : أصحها أنه يجب على الموسر مدان ؛ لأنه أكثر ما وجب للمحتاج الواحد ؛ وذلك في كفارة الحلق ونحوه .

وعلى المعسر مد ؛ لأنه أقل ما وجب ؛ وذلك في كفارة الجماع في رمضان ونحوه ؛ لأنه يكتفي به الزهيد ويتبلغ به الرغيب .

وعلى المتوسط نصف هذا ونصف هذا ؛ وهو مد ونصف .

والثاني : أنها معتبرة بالكفاية كما في نفقة القريب .

والثالث : عن رواية صاحب « التقريب » أن الاعتماد فيها على فرض القاضي ، وعليه أن يجتهد ويقدر ، وقيل : المعتبر عرف الناس في البلد . انتهى ملخصاً.

وما نقله عن صاحب « التقريب » من عدم التقدير مطلقاً غلط فإن أصل معرض حكايته عنه هو الإمام في « النهاية » فقال ما نصه : حكى صاحب « التقريب » والشيخ أبو عليّ في نفقة التوسط والزيادة على المد في نفقة الخادمة في حق الموسر أنه لا تقدير في الزيادة وإنما النظر إلى اجتهاد القاضي

(١) أخرجه البخاري (٥٠٤٩) من حديث عائشة رضي الله عنها .

هذه عبارته .

وحاصله أنه إنما يرجع إلى اجتهاد القاضي في نفقة المتوسط خاصة ؛ فظاهره أيضاً أنه لا يرجع إليه في [المد ، بل في] (١) الزيادة عليه .

ثم إن الغزالي في « الوسيط » نقل كلام الإمام بعبارة موهمة فقال : ونقل صاحب « التقريب » قولاً أن الزيادة على المد لا مرد لها ، وهو إلى فرض القاضي .

هذا لفظه ، وهو موافق لنقل الإمام في أنه لا مدخل لاجتهاد القاضي في نفقة المعسر ولا في المد بالنسبة إلي الموسر والمتوسط لكنه مخالفة له في أنه يرجع فيما زاد علي المد في حقهما معا .

ثم إن الرافعي نقل كلام « الوسيط » علي أزيد مما فيه من الخلل فانتهى إلي ما قد علمت .

وقد تقدم الكلام علي الزهيد في الشركة وغيرها .

قوله : وفيما يضبط به اليسار والإعسار والتوسط أوجه .

ثم قال : والرابع - وهو أحسنها ، وهو الذي ذكره الإمام والغزالي - أن من لا يملك شيئاً يخرجه عن استحقاق سهم المساكين فهو معسر ، ومن يملكه ولا يتأثر بتكليف المدين موسر ، والذي يملكه ويتأثر بتكليف المدين ويرجع إلي حد المسكنة متوسط .

ولا بد في ذلك من النظر إلى الرخص والغلاء . انتهى .

وهذا الذي نقله عن الإمام ليس وافياً بما قاله ؛ فإن في كلامه زيادات شارحة لما ذكره الرافعي ومقيدة له ؛ فإنه قال - أعني الإمام - : المعسر هو الذي يستحق سهم المساكين ، ولذلك من لا يستحق سهم المساكين لقدرته على الكسب ولا يملك مال فهو معسر أيضاً وإن كان يحصل له من كسبه

---

(١) سقط من أ .

أضعاف ما يحتاج إليه ، والمتوسط هو الذي يملك من المال ما يخرجه عن استحقاق سهم المساكين لكنه لو كلف مدين لأوشك أن ينحط للإعسار ، والموسر هو الذي يملك من المال ما يخرجه عن استحقاق سهم المساكين ولو كلف المدين لم ينحط بذلك إلى المتوسط فضلاً عن الإعسار هذا كلامه .

إذا علمت ذلك فقول الرافعي في الموسر (ولا يتأثر بتكليف المدين)، لم يبين المراد بالتأثر صريحاً ، وقد فسره الإمام بأنه لا ينحط بذلك إلى التوسط فضلاً عن الإعسار ، وأيضاً لم يبين حقيقة المعسر علي التمام ؛ بل كلامه يوهم أن من خرج عن استحقاق سهم المساكين لا يكون معسراً ، وقد بينه الإمام كما تقدم .

وأيضاً فإنه قال في المتوسط : بل يرجع إلى حد المسكنة ، وليس ذلك شرطاً عند الإمام ؛ بل الشرط عنده أن يرجع بذلك إلى حد الإعسار ، وهو أعم من حد المسكنة ؛ فإن كل مسكين معسر وليس كل معسر مسكينا ؛ فإن من خرج عن استحقاق سهم المساكين بالكسب الواسع معسر عند الإمام وليس مسكيناً كما صرح هو به - أعني : الإمام - .

قوله :وفي من بعضه حر وبعضه رقيق وجهان : أصحهما: أنه ليست عليه إلا نفقة المعسرين ؛ لنقصان حاله وإن كثر ماله ببعضه الحر .

والثاني: نفقة الموسر . انتهى.

تابعه في « الروضة » علي إلحاقه بالمعسرين ، لكنهما في الكفارات ألحقاه بالموسرين وأوجبوا عليه التكفير بما عدا العتق من المال كما أوضحوه في كتاب الظهار وكتاب الأيمان ، وذكرا في نفقة الأقارب نحوه أيضاً ؛ فإنهما نقلا عن «البسيط » أن الظاهر وجوبها عليه، وأقراه كما سيأتي ذكره في موضعه إن شاء الله تعالي .

قوله :وليس من المعاشرة بالمعروف تكليفها الصبر علي الخبز

البحت. انتهى .

البحت : بباء موحدة مفتوحة ثم حاء مهملة ساكنة ثم تاء بنقطتين : هو الصرف الخالص ، والمراد به هاهنا : الخالي من الأدم .

قوله : ولا يجوز أن يكون الخادم إلا امرأة أو صبياً أو محرماً لها .

وفي مملوكها والشيخ الهم اختلاف ، وفي الذمية وجهان ؛ لأن النفس تعاف استخدامها. انتهى .

تابعه في « الروضة » عليه وفيه أمور تعرف مما سبق في أوائل النكاح في الكلام علي النظر .

الأول :أن هذا الحصر يرد عليه الممسوخ - وهو مقطوع الذكر والأنثيين معاً - ؛ فإن الأصح أن نظره كنظر المحارم ، بخلاف مقطوع أحدهما .

الثاني : أن الصبي المراهق حكمه حكم البالغ علي الأصح ؛ فلا بد من استثنائه .

الثالث : أن المرجح في مملوكها الجواز ، بخلاف الشيخ الهم والذمية .

الأمر الرابع : أن تعليل المنع في الذمية بأن النفس تعاف استخدامها تعليل مناف لتصوير المسألة فإنه ينتظم في عدم الجواز ، وهذا التعليل إنما يصلح لعدم إجبار المرأة عليه ، ولا شك أنهما خلافان :

أحدهما : ما ذكره الرافعي هنا أعني الخلاف في الجواز وهو الخلاف المذكور في النكاح في جواز نظر الذمية إلى المسلمة لكون الخدمة لا تنفك عن النظر ؛ ولأجل ذلك أجروا الخلاف في عبدها والشيخ الهرم لما ذكرناه من ملازمة الخدمة للنظر ، والأصح من ذلك الخلاف هو التحريم .

وأما الخلاف الثاني فهو إجبار المرأة عليه ، إذا قلنا بجوازه وفيه وجهان حكاهما صاحب البيان ولم يذكر الخلاف في الجواز بالكلية وعلل عدم

الإجبار بما ذكره الرافعي وهو عفافة النفس ، وعبر باللفظ الذي ذكره فاختلط علي الرافعي الخلاف الأول بالخلاف الثاني ؛ فأخذ تعليل الثاني وعلل به الأول، أو سقط الخلاف الثاني من نسخ الرافعي وبقي تعليله فقط .

قوله :الثالثة : لو قالت : أنا أخدم نفسي ، وطلبت الأجرة أو نفقة الخادمة لم يلزمه ذلك ؛ لأنها أسقطت مرتبتها وله أن لا يرضى بذلك لأنها تصير مبتذلة ، وأشار في «البسيط» و«الوسيط» إلى خلاف فيه .
انتهى كلامه.

واعلم أن كلام الإمام في « النهاية » يقتضي أنه لم يقف في المسألة على نقل ؛ فإنه قال : ولو قالت له : أنا أخدم نفسى فسلم إليّ نفقة الخادم فلست أري لها ذلك فإنها أسقطت مرتبة نفسها ، وذكر الغزالي في «البسيط» نحوه فقال: فيه: نظر ، والظاهر أنه لا يجب .

هذا لفظه .

ثم اختصر في « الوسيط » فعبر بقوله : فالظاهر أنه لا يلزمه ، ولم يزد عليه .

وإذا نظرت إلى جميع ما ذكرناه قطعت بأن الغزالي لم يقصد إثبات خلاف في المسألة على خلاف ما فهمه الرافعي ،وتبعه عليه في « الروضة».

قوله :وهاهنا كلامان : أحدهما ذكره أبو الفرج الزاز أن الذي يجب على الزوج كفايته في حق المخدومة الشريفة الطبخ والغسل ونحوهما دون حمل الماء إليها للشرب وحمله إلى المستحم ؛ لأن الترفع عن ذلك رعونة لا عبرة بها .

والثاني : قال البغوى يعني بالخدمة : ما هو حاجتها كحمل الماء إلى المستحم وصبه علي يدها وغسل خرق الحيض ونحوها ، فأما الطبخ والكنس والغسل فلا يجب شيء منها على المرأة ولا على خادمها بل هو

على الزوج إن شاء فعله بنفسه وإن شاء بغيره .

فالكلامان متفقان علي أنه لا يتوظف النوعان على خادم المرأة والاعتماد من الكلام على ما ذكره البغوي . انتهى .

قال في « الروضة » الذي أثبته الزاز من الطبخ والغسل ونحوهما هو في ما يختص بالمخدومة ، والذي نفاه البغوي منهما هو فيما يختص بالزوج كغسل ثيابه والطبخ لأكله ونحوه .

والطرفان متفق عليهما ؛ فلا خلاف بين الجميع في ذلك ، والله أعلم .

قوله :فإن جرت عادة أهل البلد بالكتان أو الخز أو الحرير فوجهان:

أحدهما : لا يلزم ذلك ، بل له الاقتصار على القطن .

وأصحهما اللزوم على عادة البلد وتفاوت بين الموسر والمعسر في مراتب ذلك الجنس . انتهى كلامه .

وما ذكره من إطلاق عادة البلد تبعه عليه في « الروضة » ، وقيده في «المحرر » بما إذا جرت لمثله فقال : فإن جرت عادة البلد بالكتان والحرير لمثله فأظهر الوجيهن لزومه ، هذا لفظه .

وذكر في « المنهاج » مثله أيضاً .

قوله : ففي الشتاء على الموسر نهاراً طنفسة ، وعلى المتوسط زلية ، ولليل مصرية وثيرة أو قطيفة ولحاف ، وأوجب الغزالي مع ذلك الشعار.

ثم قال : الأكثرون سكتوا عنه ، ويمكن تخصيص الشعار بالصيف كما يخصص اللحاف بالشتاء ، ويمكن أن يقال في الشتاء يجب الشعار مع اللحاف ويجب القميص مع الجبة ، والحكم في جميع ذلك مبني على العادة . انتهى كلامه.

وما ذكره بحثا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه قد نص عليه الشافعي

في « الأم » وأجاب بالاحتمال الأول وصرح به أيضاً بعض الأصحاب . كذا نقله في المطلب .

واعلم أن الطنفسة بساط صغير ثخين له وبرة كثيرة .

والزلية : بكسر الزاي وتشديد اللام شيء مضروب صغير .

والوثيرة : بالثاء المثلثة هي الوطيئة من كثرة حشوها ، وكذلك الوثر بالكسر ، والوثار ، وامرأة وثيرة كثيرة اللحم ،ووثر الشيء بالضم وثارة فهو أوثر أي : أوطأ وألين .

والشعار بالكسر هو الثوب الذي يلي الجسد ؛ سمي بذلك لأنه يلاصق الشعر .

واعلم أن إطلاق الشعار علي الملحفة صحيح لمن ينام عارياً علي عادة العرب .

قوله :وأنه لا اختصاص لهذا النوع [بفضل] (١) الكسوة ، والأولي أن يجعل ذنان للطعام .. إلى آخره .

الدنان : بضم الذال المعجمة ، سبق الكلام عليه في آخر الفلس .

قوله :وأما ما يفرش وينام عليه - يعني الخادم - فقد قال المتولي : لابد من شيء يجلس عليه كبارية في الصيف وقطيفة لبد في الشتاء ، ولابد من مخدة وشيء يتغطي به بالليل من كساء ونحوه .

قال في « البحر » ولا يجب لها الفراش بل يكتفي بالوسادة والكسي. انتهى.

الكبارية بتشديد الياء ويجوز تخفيفها في لغة وهي نوع من أنواع الحصير، وسبق في الوقف إيضاحه .

---

(١) في جـ : بقصد .

قوله :وقياس مسائل البـاب أن تجب الزيادة على الجبة الواحدة حيث يشتد البرد ولا تكفي الواحدة . انتهى .

وما ذكـره بحثـا واقتـضى كلامـه عدم الوقوف عليـه وتابعه علـيه في «الروضة » قد صرح به الخوارزمي في « الكافي » .

قوله :ويجب من الدهن مـا يعتاد استعـماله غالباً كـالزيت والسيرج وغيرهمـا ، وإذا كانوا يعتادون المطـيب بالورد والبنفسج وجب المطيب . انتهى كلامه.

المطيب في الموضعين بالميم ؛ أي : إذا اعتادوا الدهن المطيب وجب علي الزوج إعطاؤه .

ووقع في «الروضة » : التطيب ، بالتاء مصدراً وهو غير مستقيم .

قوله :ولا يجب إلا ما يقصد به قطع السهوكة . انتهى.

والسهوكة : بسين مهملة مضـمومة وبالكاف ؛ قال الجرهري : السهك بفتح الهـاء : ريح السمك وصـدأ الحديد ؛ يقال : يدي مـن السمك ومن صدأ الحديد سهكة ؛ كما يقال : يدي من اللبن والزبد وصرة ، ومن اللحم عمرة . هذا كلامه .

فكأنهم توسعوا فيه فأطلقوه على الرائحة الكريهة أو على التغيير مطلقاً. وقد ذكر في الزهومة نحو هذا فقـال: الزهمة نحو هذا فقال : الزهمة بضم الزاي وإسكان الهـاء هي الريح المنتنة ؛ تقـول : زهمت يدي بالكسر زهمًـا بالفتح فهي زهمة .

قوله في أصل « الروضة » فرع : إذا احـتاجت إلى شراء الماء للغسل إن كانت تغـتسل من الاحتـلام لم يلزم الزوج قطعاً . وكذا إن اغـتسلت عن الحيض على الأصح . انتهى كلامه.

والذي ادعاه من القطع بعدم الوجوب ليس كذلك ؛ فقد حكى هو في «المنهاج » فيه وجهين فقال : والأصح وجوب أجرة حمام بحسب العادة ، وعن ماء غسل جماع ونفاس لا حيض واحتلام في الأصح .

هذا لفظه ، وهو غريب جداً حيث نفي الخلاف في الكتاب المبسوط وأثبته في « المختصر » .

وأغرب من ذلك كونه جعله عمومًا ؛ فإنه عبر بالأصح ، وقد اصطلح علي أن هذه الصيغة للخلاف القوي ، والرافعي - رحمه الله - سالم من ذلك ؛ فإنه لما جزم في الشرحين بعدم الوجوب لم ينف الخلاف، فغايته أنه حكي في « المحرر » خلافاً لم يحكه في الشرحين .

واعلم أن هذا الوجه الغريب مستنده صحيح ؛ فقد رأيته مجزوماً به في «فتاوي القفال» فقال : مسألة : إذا احتلمت المرأة فثمن الماء علي الزوج ؛ لأنه لحاجتها بخلاف ما لو زنت أو وطئت بالشبهة .

هذه عبارته من غير زيادة عليها .

وحكاه أيضاً صاحب « البحر » في باب الغسل ؛ فإنه حكي في الجنابة والحيض والنفاس طريقين حاصلهما ثلاثة أوجه :

أحدها : علي الزوج في الجميع .

وثانيها : علي المرأة .

وثالثها : يجب عليها من الحيض والنفاس لأن التسليم واجب عليها فلزمها ثبوته بخلاف الجنابة . وهو تعليل قوي .

ويستفاد من كلام « الروضة » الذي ذكرناه من كلامه عقب هذا الذي سنذكره أيضاً .

وجهًا رابعًا: أنه إن كان سببه كالجماع] (١) والنفاس لزمه ، وإن لم يكن بسببه كالحيض والاحتلام فلا .

(١) نهاية سقط من جـ بمقدار ورقة.

وخامسها : أنها إن اغتسلت من الاحتلام لم يجب ، وإلا فيجب .

وسادسها : أنه يجب في الاحتلام والحيض دون الجماع والنفاس .

قوله :وإن اغتسلت عن الجماع أو النفاس لزمه علي الأصح لأنه بسببه ، وينظر علي هذا القياس في ماء الوضوء إلي أن السبب منه كاللمس أم لا . انتهى.

ذكر مثله في « الروضة » . وهذا التعليل المذكور للجماع والنفاس يقتضي تخصيص المسألة بوطء الزوج وقد تقدم التصريح به من جملة ما نقلناه عن « فتاوى القفال » في المسألة السابقة .

نعم . هل يجب على الواطئ ؟ يتجه أن يقال : إن مكنت المرأة مختارة لم يجب عليه لرضاها بذلك وإلا وجب ، ويحتمل ألا يجب وإن كانت غير مختارة؛ لأنها أخذت المهر في مقابلة هذا الوطء ، ويحتمل عدم الوجوب في النفاس من الزنا ؛ لأن الولد ليس منسوبا إليه بخلاف الواطئ بالشبهة.

وقد ذكر الرافعي في الرهن هذا التفصيل في ضمان الأجنبية إذا حملت منه وماتت من الطلق .

قوله : ولو كانت تأكل معه على العادة وهي بالغة أو صغيرة بإذن وليها ففي سقوط نفقتها وجهان : أقيسهما : لا تسقط ، وأحسنهما - كما قال الغزالي - أنها تسقط .. انتهى ملخصاً .

فيه أمور :

أحدها : أنه لم يصرح بتصحيح في « الشرح الصغير » أيضاً بل ذكر أن الأول أقيس والثاني أحسن من غير إعزائه إلي الغزالي ، والراجح هو السقوط ؛ فقد قال في « المحرر » إنه أولى الوجهين وصححه النووي في «الروضة» و « المنهاج » و « التصحيح » ؛ قال: وعليه جرى الناس في زمن

رسول الله ﷺ وبعده من غير نزاع ولا إنكار ، ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده ، ولو كانت لا تسقط مع علم النبي ﷺ بإطباقهم عليه لأعلمهم بذلك ولقضاه من تركة من مات ولم يؤقته ، وهذا مما لا شك فيه.

الأمر الثاني : أن تصوير المسألة بالأكل معه علي العادة يشعر بأنها إذا أتلفت ذلك المقدار أو أعطته لغيرها أن النفقة لا تسقط ، وبأنها إذا أكلت معه دون الكفاية لا تسقط ،وبه صرح في « النهاية » .

وعلي هذا فهل لها المطالبة بالجميع أو بالتفاوت ؟ فيه نظر .

الأمر الثالث : أن التعبير بالبالغة تعبير ناقص ؛ فإنها قد تكون سفيهة أو مجنونة وحينئذ فتكون كالصغيرة ؛ فالصواب التعبير بالرشيدة .

قال الإمام : وإذا قلنا بالسقوط فكأن نفقتها مترددة بين الكفاية إن أرادت وبين التملك علي قياس الأعواض إن طلبت . قال : وهذا حسن غامض .

قوله : ولو تراضيا باعتياضها عن النفقة دراهم أو دنانير أو ثياباً ونحوها جاز على الأصح لأنه مستقر في الذمة كمعين .

والثاني : لا ؛ لأنه طعام يثبت في الذمة عوضاً فصار كالمسلم فيه ، وأيضاً فهو بيع طعام في الذمة فأشبه بيع طعام الكفارة .

ولو اعتاضت خبزاً أو دقيقاً أو سويقاً فالأكثرون علي المنع ؛ لما سبق، ولأنه ربا . انتهى.

والتعليل بكونه ربا قد اقتصر عليه في « الروضة » ؛ وحينئذ فيتعين تصوير المسألة بما إذا كان العوض من جنس المعوض كما إذا اعتاض عن الحنطة مثلاً بدقيقها أو خبزها أو سويقها ، وكذا في الشعير ونحوه .

فإن اعتاضت عن الحنطة دقيق الشعير ونحوه جاز لأن بيعه به جائز ؛ إذ المحذور - وهو التفاضل - جائز هنا لاختلاف الجنس .

والتعليل الأول الذي حذفه في « الروضة » وإن كان يقتضي المنع فإنه تعليل ضعيف ؛ بدليل وجوده في الدراهم مع أن الصحيح فيها الجواز .

قوله : والنفقة تستحق يوماً فيوماً ، ولها المطالبة بها إذا طلع الفجر ، وقال في المهذب : إذا طلعت الشمس . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » فيه أمران :

أحدهما : أن ما صححه من الإيجاب بطلوع الفجر قد ناقضه في الباب الأول من كتاب الضمان فجزم بطلوع الشمس ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك ، والمعروف هو المذكور في هذا الباب .

لا جرم أن النووي في « الروضة » هناك قد عبر بالفجر فسلم من التناقض إلا أنه أدخله في كلام الرافعي ولم ينبه على أنه من زوائده .

الأمر الثاني : أن الإمام في « النهاية » قد نبه علي أمر مهم كلام الرافعي يوهم خلافه فقال في باب الرجل لا يجد نفقة : قدمنا أن للمرأة أن تطلب النفقة وقت طلوع الفجر ، فإذا طلبت فقال الزوج : إذا أصبحنا حصلت النفقة ، فسألت المرأة القاضي أن يوكل به من يدور معه فليس لها ذلك ، ولا يجوز أن تعتقد فيه خلاف لأن شطر البرية ـ أي : الخلق - يصحون ويأخذون في التمحل إما من رؤوس الأموال وإما من الحرف والصنائع .

ثم قال : ومما يتعلق بتمام الكلام أن المرأة إذا كانت لا تملك إزهاق الزوج عند طلوع الفجر ولا تملك أن تستدعي التوكيل به فليس يتحقق الوجوب على التضييق .

ولست أشبه ذلك إلا بقولنا تجب الصلاة بأول الوقت وجوباً موسعاً ، والذي أراه أن الزوج إن قدر على إجابتها فهو حتم لا يجوز تأخيره وإن كان لا يحبس ولا يوكل به ولكنه يقتضي بمنعه وإن لم يكن في يده أو كان يلقي

عسراً فله أن يتوسع على الاعتياد .

هذا كلام الإمام ، وهو نفيس مهم . وذكر مثله الغزالي في « البسيط» بعبارة حسنة فقال : فإن قيل : ما معني قول الأصحاب : إن النفقة تجب بطلوع الفجر ؟ .

قلنا : معناه : أنه يجب وجوباً موسعاً كما في الصلاة ، أو معناه أنه أن قدر وجب عليه التسليم وإن ترك عصي ربه ،ولكن لا يحبس ولا يخاصم.

هذه عبارته .

وذكر الماوردي ما يوافقه فقال : والوقت الذي تستحق فيه نفقة يومها هو أول أوقات التصرف فيه ، لأنها إن طالبته مع طلوع فجره خرجت عن العرف، وإن أخرها إلى غروب الشمس أضر بها .

قوله : ولو قبضت نفقة يوم ثم ماتت أو أبانها في أثناء النهار لم يكن له الاسترداد [وفي كتاب ابن كج: أن له ذلك ، ولو نشزت في النهار فله الاسترداد] (١) . انتهى.

لم يبين القدر المسترد حيث أثبتناه هل هو الجميع أو البعض؟ ، ولا شك أن الرافعي قد ذكر بعد ذلك بدون ورقتين وجهين فيما لو نشزت بعض النهار : أحدهما : لا شيء لها ، والثاني : تقسطه زمن الطاعة إلا أن تسلم ليلاً وتنشز نهاراً أو بالعكس فلها نصف النفقة ، ولم يصرح بترجيح إلا أنه مال إلى أنها لا تستحق شيئاً .

ولا شك في جريانهما في النشوز وكذلك في الموت والإبانة علي القول بالاسترداد .

وظاهر كلام المنصف هو استرداد الجميع .

---

(١) سقط من أ.

وإذا علمت ذلك توجه على « الروضة » اعتراض ظاهر ؛ فإنه ادعى عدم الخلاف في مسألة النشوز فقال : ولو نشزت في النهار فله الاسترداد قطعاً هذه عبارته .

والتقييد بالنهار لا معنى له لما ذكرته لك قريباً .

قوله : وفي وجوب تمليك الكسوة وجهان : أحدهما - وبه قال ابن الحداد واختاره القفال وهو قضية نصه في « الإملاء » - أنه لا يجب كالمسكن.

وأصحهما - على ما ذكر صاحب « المهذب » و « التهذيب » والروياني وينسب إلى النص - أنه يجب كالنفقة . انتهى ملخصاً.

والصحيح وجوب التمليك ؛ فقد قال الرافعي في « المحرر » و « الشرح الصغير » والنووي في أصل « الروضة » إنه الأصح .

قوله : وهذا الخلاف طرده صاحب « التهذيب » في كل ما ينتفع به مع بقاء عينه كالفرش وظروف الطعام والمشط ، وألحق صاحب «الكتاب» في البسيط الفرش والظروف بالمسكن وأخرجها عن حيز الخلاف . انتهى كلامه .

لم يصحح في « الصغير » أيضاً شيئاً من هاتين المقالتين ، بل فيه وفي «الروضة » مثل ما هاهنا ، والصحيح في « المحرر » : أنه من باب التمليكات ؛ فإنه قال : وما يدفع إليها وتنتفع به مع بقاء عينه كالكسوة يجب فيها التمليك أو الامتناع ؟ فيه وجهان : أصحهما الأول . ثم قال : وفي معناه الفرش وظروف الطعام .

هذا لفظه ، وتبعه عليه في « المنهاج » ، وذكر في « الحاوي الصغير » عكسه .

الباب الثاني : في مسقطات النفقة

قوله : ولا خلاف في أن وقت وجوب التسليم في النفقة صبيحة كل يوم ، والكسوة أول كل فصل وذلك بعد حصول التمكين . فأما وقت ثبوتها في الذمة فقولان :

القديم : يجب بالعقد كالمهر ولا تتوقف علي التمكين لكن لو نشزت سقطت ؛ فالعقد موجب والنشوز مسقط ، وإذا حصل التمكين استقر الواجب يوماً فيوماً والجديد : أنها لا تجب بالعقد بل التمكين يوماً فيوماً . انتهى ملخصاً.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في آخر كلامه حاصله أن النفقة لا تستقر علي القديم إلا بالتمكين ، وهو مناقض لما جزم به بعد هذا من أنها تستقر وإن انتفي التمكين ، إلا أنها تسقط بالنشوز فقال : ولو لم يطالبها الزوج بالزفاف ولم تمتنع هي منه ولا عرضت نفسها عليه ومضت علي ذلك مدة ؛ فإن قلنا بالقديم : وجبت نفقة تلك المدة ، وإن قلنا بالجديد: فلا . هذا كلامه. ونقل في « النهاية » عن العراقيين أنهم قطعوا بأن النفقة لا تثبت في زمن السكوت ، ثم ضعف مقالتهم .

واعلم أن العراقيين قالوا : إن النفقة تجب بالعقد ولا يجب التسليم إلا بالتمكين يوماً فيوماً ، وبه جزم الشيخ في « التنبيه » .

ولأجل ذلك قطع العراقيون بأن النفقة لا تجب في زمان السكوت ، والمراوزة قالوا : إن القديم وجوبه بالعقد ولا يتوقف علي التمكين إلا أن شرطه عدم النشوز، فلها المطالبة عندهم حال السكوت .

ويتلخص من ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها : العقد وحده إلا أنه لا يستقر إلا بعدم النشوز .

الثاني : العقد بشرط التمكين . **الثالث** : التمكين .

وفائدة الخلاف في الضمان وفيما لو حلف ما له مال .

ولا شك أن الرافعي فرع تارة علي قاعدة العراقيين وتارة علي قاعدة المراوزة فوقع في الخلل .

الأمر الثاني : أنه لو حصل العقد والتمكين وقت الغروب فالقياس الوجوب بالغروب لأن النفقة كما سيأتي في كلام الرافعي في مقابلة اليوم والليلة .

قوله : وهذا الخلاف قيل : منصوص عليه ، وقيل : مستنبط ؛ ويدل عليه شيئان ، فذكر الأول ثم قال : الثاني : أنه قد نقل عن صاحب «الحاوي» اختلاف الأصحاب في تحرير سبب النفقة ؛ فالبغداديون علقوها بالتمكين وجعلوا سبق العقد شرطاً فقالوا : يجب بالتمكين المستند إلى العقد ، والبصريون قالوا : يجب بالعقد بشرط التمكين. انتهى كلامه.

فيه أمور :

أحدها: أن هذا الخلاف المحكي في « الحاوي » غير المحكي في الرافعي؛ فإن الماوردي قال ما نصه : وأما النفقة فلا تجب بمجرد العقد .

ثم قال : واختلف أصحابنا في تحرير العبارة ؛ فجعل البغداديون الوجوب معلقاً بالتمكين وتقدم العقد شرط ، وجعله البصريون معلقاً بالعقد وحدوث التمكين شرط .

قال : وفائدة الخلاف في الاستحقاق في زمن التأهب للتمكين فلا يستحق على الأول ويستحق علي الثاني .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » قد أسقط هذا الخلاف بالكلية ظناً منه أنه الخلاف السابق كما ظنه الرافعي .

الأمر الثالث : أن فائدة الخلاف قد ظهرت من كلام الماوردي .

قوله: ثم ذكر في « الكتاب » من فوائد القولين صورتين :

إحداهما : لو اختلفا في التمكين فقالت المرأة مكنت وأنكر الزوج ، فإن قلنا : النفقة تجب بالتمكين ، فالقول قول الزوج ؛ لأن الأصل عدم التمكين ، وإن قلنا تجب بالعقد ، فالقول قولها ؛ لأن الأصل عدم النشوز.

ثم قال : وقوله في « الكتاب » : فعلي هذا لو تنازعا [في النشوز كذا ذكره هاهنا ، وفي «الوسيط» ولفظ الأكثرين : لو تنازعا] في التمكين كما ذكرناه، وكذلك هو في « البسيط » وسببه أن يكون الذي ذكره هاهنا محمولا عليه ، فأما إذا توافقا علي حصول التمكين ثم اختلفا على النشوز بعده فينبغي أن يقطع بصدقها لأن الأصل استمرار الواجب، وهكذا صرح به ابن كج وحكي معه وجهاً ضعيفاً أن القول قوله ؛ لأن الأصل براءة الذمة. انتهى كلامه .

وما ذكره في حمل النشوز في كلام « الوجيز » على التمكين ذهول عجيب ؛ فإن القديم لا يوجب النفقة بالتمكين بل بالعقد بشرط عدم النشوز كما تقرر لك في هذا الباب ؛ وحينئذ فيتعين تصوير النزاع في النشوز . وأما النزاع في أصل التمكين أو في الشنوز الواقع بعد التمكين فغير ما نحن فيه .

واعلم أن دعوى المرأة وقوع العقد مع التمكين أو مع عدم النشوز مسموعة إن انضم إلى ذلك طلب حق من حقوق الزوجية ، فإن لم ينضم إليه ذلك فتكون كدعوى الزوجية المجردة ، والأصح فيه القبول لأنه ينفع في الحق .

قوله : فلو نشزت بعض النهار فوجهان :

أحدهما : لا شيء لها .

والثاني : لها يقسط زمن الطاعة .

قال : وبالوجه الثاني أجاب السرخسي ، ومنهم من رجح الأول وهو أوفق لما سبق في مسألة الأمة . انتهى.

تابعه النووي في « الروضة » هنا علي حكاية الوجيهن وترجيح عدم لوجوب ، ورجح - أعني النووي - في آخر كتاب النكاح القطع بعدم الوجوب إذا امتنعت في بعض الزمان فقال في أول الباب الحادي عشر : قلت : الصحيح الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء في هذا الحال .

قوله : وامتناعها عن التسليم إلي قبض المهر الحال ليس بنشوز .

ثم قال : ولو حل المؤجل فهل هو كالمؤجل أم كالحال ؟ وجهان ؛ وأجاب البغوي بالأول . انتهى.

والصحيح جواز الحبس ، وقد تقدم إيضاحه في البيع .

قوله : وتعذر المرأة في الامتناع من الوطء إذا كان الرجل عبلاً لا تحتمله . انتهى.

العبل بعين مهملة وباء ساكنة هو كبير الذكر ، وقد فسره به في أصل «الروضة » .

قوله : والسفر بغير إذنه نشوز أيضاً ،ولو سافرت بإذنه فإن كان الزوج معها أو لم يكن وكان السفر لحاجته بأن بعثها لتقضي أشغاله وجبت النفقة ، وإن كان في حاجتها فقولان : أشهرهما : المنع . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » وهو كالصريح في أنها إذا سافرت بغير إذنه فلا نفقة لها وإن كانت معه ، وليس كذلك بل هي واجبة في هذه الحالة . كذا صرح به في أوائل كتاب قسم الصدقات ولم يحك فيه خلافاً ؛ فإنه ذكر أن المرأة إذا سافرت مع الزوج فلا تعطى من سهم ابن السبيل ، ثم علله بقوله : لأنها إن سافرت بإذنه فهي مكفية المؤنة ، وإن سافرت بغير إذنه فالنفقة عليه لأنها معه . هكذا ذكروه .

ولا تعطي مؤنة السفر لأنها عاصية بالخروج .

هذا لفظه . فينبغي أن يتفطن له ، ولم يصرح بها في الكلام على

القسم بين الزوجات .

قوله من « زياداته » : ولو حبست ظلما أو بحق فلا نفقة لها كما لو وطئت بشبهة فاعتدت . انتهى كلامه .

ومقتضاه أنه لا فرق فيما إذا حبست بين أن تكون قد توجه الحبس عليها بإقرارها أم بالبينة ، وهو كذلك ؛ فقد صرح هو به في كتاب الفلس من زوائده أيضاً ، وكذلك في « فتاويه » ، وعبارته فيها : أنه المختار .

قوله : الثالثة : لو نشزت المرأة وغاب الزوج ثم عادت للطاعة في غيبته لم يعد استحقاق النفقة في أظهر الوجهين ؛ فعلي هذا يفعل ما ذكرناه في ابتداء التسليم من رفعها الأمر إلي القاضي ليقضي بطاعتها وبحق الزوج بذلك .

ثم قال : ولو ارتدت المرأة وسقطت نفقتها علي ما بينا في آخر نكاح المشركات فغاب الزوج وعادت في العدة إلى الإسلام وهو غائب فيبقي عود النفقة بمجرد الإسلام وإن فرض فيه خلاف . والفرق أن نفقة المرأة قد سقطت بردتها ، فإذا عادت إلى الإسلام ارتفع المسقط فعمل الموجب عمله ، والناشزة سقطت نفقتها بخروجها عن يد الزوج وطاعته وإنما تعود إذا عادت إلي قبضته ، وذلك لا يحصل في غيبته . انتهى كلامه .

وما ذكره في المرتدة من وجوب نفقتها إذا أسلمت في غيبة الزوج مسألة نفيسة وقد أسقطها النووي من « الروضة » فلم يتعرض لها في هذا الموضع كما ذكره الرافعي ولا قدمها إلي نكاح المشركات بل كلامه يوهم التسوية بينها وبين الخارجة من المنزل ونحوها ؛ لأن الردة نشوز كما صرح [به الأصحاب كلهم ، وذكره هو في آخر نكاح المشركات من «الروضة»] (١) وكأنه توهم ذكرها في ذلك الموضع فأسقطها من هاهنا .

قوله : المانع الثاني : الصغر : فإذا كانت المرأة صغيرة فسلمت إلى الزوج البالغ أو عرضت [عليه] (٢) فقولان : أحدهما : أنها تستحق

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

النفقة لأنها معذورة ومحبوسة عليه .

وأصحهما:المنع ؛ لتعذر الاستمتاع بها لمعنى فيها ؛ فأشبهت الناشزة.

وقد يبنى القولان على أن النفقة تجب بالعقد أو بالتمكين ، فإن لم يوجد تسليم ولا عرض كان الحكم كما في حق الكبيرة . وفي «الوسيط» و«البسيط» ما يقتضي خلافه . والظاهر الأول. انتهى ملخصاً.

وما ذكره من اختصاص قول الوجوب بما إذا سلمت تابعه عليه في «الروضة »،وهو غير مستقيم ؛ فإن القديم يقول:إن النفقة تجب بمجرد العقد وإن لم يحصل تمكين إذا لم يحصل نشوز ، وقد صرح الرافعي نفسه بذلك في أوائل الباب أيضاً كما سبق ذكره ؛ فصار أول كلامه مخالفاً لآخره.

وما اقتضاه كلامه من عدم الوقوف علي التصريح بعدم اشتراط التسليم فقد صرح به جماعات منهم الماوردي في «الحاوي» وإمام الحرمين في «النهاية» والغزالي في كتابيه والروياني في « البحر» ، وزاد الماوردي فصرح بأن أولياءها لهم منع تسليمها وإن أوجبنا النفقة ؛ وعلله بقوله : لأنه ربما أنكاها إن تسلمها .

نعم في تعليقة القاضي الحسين و « المهذب » و « التهذيب » تصوير محل القولين بما إذا سلمت إلي الزوج .

قوله في أصل « الروضة »: المانع الثالث : العبادة فإذا أحرمت بحج أو عمرة فلها حالان أحدهما : أن تحرم بإذن الزوج ، فإذا خرجت فقد سافرت في غرض نفسها ، فإن كان الزوج معها لم تسقط النفقة على المذهب ، وإلا فتسقط علي الأظهر .

أما قبل الخروج فوجهان : أصحهما وجوبها لأنها في قبضته وتفويت الاستمتاع لسبب أذن فيه . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي قد حكي في المسألة الأخيرة طريقة قاطعة فقال : وقطع به قاطعون . ونقل الإمام هاتين الطريقتين وقال : إن طريقة القطع أشهر في الحكاية وإليها ذهب الأكثرون ، فإن طريقة الخلاف أقيس .

الأمر الثاني : أن الغزالي في « الوسيط » قد تبعه علي أن هذين الوجهين فيما إذا [لم] (١) تخرج مفرعان علي قولنا أنها إذا خرجت لا تستحق ، والذي قاله لابد منه وهو مدرك حكاية الطريقين ،وإلا فكيف تستقيم التسوية بين حالتي الخروج وعدمه حتي يكون في الأولي قولان وفي الثانية وجهان .

قوله : الحال الثاني : أن يكون إحرامها بغير إذنه فإذا أحرمت بفرض وقلنا بالصحيح وهو جواز تحليلها فلها النفقة ما لم تخرج في ظاهر الوجيهن، لأنها في قبضته والزوج يقدر على تحليلها وأما بعد خروجها فقد يكون بغير الإذن وقد يكون بالإذن ؛ فإن خرجت بغير الإذن نظر إن لم يخرج الزوج معها فلا نفقة .

وإن خرج معها فعلى ما تقدم [انتهى كلامه. وتعبيره في آخر كلامه بقوله : فعلى ما تقدم ، ذكر مثله] (٢) في « الروضة » وليس فيه بيان المتقدم المحال عليه .

فإن أراد به ما نقلناه عنه قبل ذلك وهو ما إذا سافرت بغير إذن فليس فيه أن الزوج خرج معها بل أطلق كما سبق .

وأيضاً فلو أراد ذلك لأحال عليه القسمين معا وهما خروج الزوج وعدم خروجه لأنهما معاً داخلان بطريق الإطلاق ، والظاهر أنه أراد ما قبل خروجها لأنهما قد اشتركا في الإحرام بغير الإذن وفي صحبة الزوج لها وحينئذ فيكون الصحيح هو الاستحقاق .

---

(١) زيادة من جـ .

(٢) سقط من أ .

قوله :أمـا صوم رمضان فـلا منع منه ولا تسقط النفقـة لوجوبه على الفور ، وأما قضاء رمضان فـإن كان واجباً على الفور فلا تمنع منه ، وفي النفـقة وجـهان المذكور مـنهمـا في « التهـذيب » ورجحـه غيره أنـها لا تسقط، وفي التتمة أنها تسقط . انتهى .

وما ذكره الرافعي من التعليل بالفور يقتضي أنهما لو كانا مسافرين سفراً يباح فيه الفطر كان للزوج منعها ، وفي كلام الماوردي إشعار به ؛ فإنه قال: فإذا تعين عليها كان مستثنى .

واعلم أن النـووي قـد صـحح فـي أصل « الروضـة » من الوجـــهين المذكورين عدم السقوط ولم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً .

قولـه : وإذا فات رمضـان بعذر وكـان الوقت واسعـاً فله منعهـا من المبادرة إلى قـضائه ،فلو شرعت فـيه ففي جـواز إلزامها الإفطار وجـهان مخـرجان من القولين في التـحليل في الحج ؛ فإن قلنا : لا يجـوز ، ففي سقوط النفقة وجهان : أحدهما : تسقط كالحج .

والثاني : لا لقصر الزمان وقدرته على الاستمتاع ليلاً . انتهى .

ووالأصح - على ما قاله في « الروضة» من زوائده - هو السقوط .

قوله : ولا ينبغي أن تستقبل صوم التطوع بغير إذن الزوج انتهى .

ذكر مثله في « الشـرح الصغير » أيضاً وقد عبـر في «الروضة» بقوله : ولا تشرع فيه بغيـر إذن . وليس في ذلك كله تصريح بأنه يحرم أو يكره ، وقد صـرح بتـحريمه في « الروضـة » في آخر باب صـوم التطوع فقـال من زوائده : قـال أصحـابنا: لا يجـوز ، وحكى في « شـرح المهـذب » هناك وجهين : أصحهما هذا ، والثاني : أنه مكروه .

قال : فلو صامت فـمقتضى المذهب في نظائره الجـزم بعدم الثواب وإن كان صحيحاً كما سبق في الصلاة في الدار المغصوبة . هذا كلامه .

وقال في « شرح مـسلم » في كتاب الزكاة في بـاب أجر الخازن الأمين بعد ذكره للتحـريم :فإن قيل : ينبغي أن يجوز لها الصـوم بغير إذنه ، فإن

أراد الاستمتاع بها كان له ذلك ويفسد صومها .

فالجواب : أن صومها يمنعه من الاستمتاع في العادة لأنه يهاب انتهاك الصوم بالإفساد . انتهى .

ويؤخذ من هذا التعليل أنها لا توصف بفعل محرم بالنية من الليل بل بطلوع الفجر ، وصرح النووي في الموضع المذكور من « شرح مسلم » بأن المراد بالحضور أن يكون في البلد .

نعم لو كان الزوج حاضراً ولكن حرم عليه الجماع لتلبسه بواجب من صوم أو إحرام أو اعتكاف ففي التحريم نظر ، والمتجه الإباحة .

قوله : فإن شرعت فيه - أي : في صوم التطوع - فله قطعه وأمرها بالإفطار ، فإن أبت سقطت النفقة في أصح الوجهين لامتناعها من التمكين بما ليس بواجب .

والثاني : لا تسقط لأنها في داره وقبضته ولها الخروج عما شرعت فيه متى شاءت .

وفي العدة وجه فارق بين أن يدعوها إلى الأكل أو إلى الوطء .

وإذا قلنا بالسقوط فعن « الحاوي » أن ذلك فيما إذا أمرها بالإفطار في صدر النهار ، فإن أنفق في آخره فلا تسقط ؛ لقرب الزمان ، واستحسنه الروياني وسكت الأكثرون عنه . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره هاهنا من حكاية الخلاف وجهين ذكر مثله في «الشرح الصغير » أيضاً ، وخالف في « المحرر » فحكاهما قولين ، وتبعه النووي في « الروضة » و « المنهاج » على هذا الاختلاف .

الأمر الثاني : أن الماوردي لما جزم بهذا التفصيل جزم أيضاً فيه بما نقله الرافعي عن العدة فنقل الرافعي بعضه عنه وبعضه عن غيره لكونه لم يقف على كلامه .

قوله : وأما صوم النذر فإن كان نذراً مطلقا فللزوج منعها منه فإنه لم يتضيق وقته ، فإن نذرت صوم أيام معينة فينظر إن نذرت قبل النكاح لم يكن له المنع لتعين الوقت وتقدم وجوبه على حق الزوج ، وإن نذرت بعده فإن أذن الزوج لم يكن له المنع ، وإن لم يأذن فله ذلك لأنها بالنذر منعت حقه السابق ، وحيث قلنا له المنع فلو شرعت فيه وأبت أن تقطعه فعلى ما ذكرناه في صوم التطوع .

ثم قال : وقوله - يعني « الوجيز » - : وله منعها عن صوم نذرته بعد النكاح . التقييد بما بعد النكاح يبين أنه لا يمنع مما نذرته قبل النكاح .وهذا الفرق فيما إذا نذرت أياماً معينة على ما بيناه .

فأما عند الإطلاق فله المنع في الحالتين ، هذا هو الظاهر المشهور ، ونقل إبراهيم المروذي فيه وجهين سواء نذرت قبل النكاح أو بعده . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله : فيه وجهين [سواء نذرت قبل النكاح أو بعده ، وتعبيره بقوله: فيه] (١) الضمير فيه عائد على صوم النذر المعين الذي بدأته أولاً فيكون على هذا في النذر المعين الذي نذرته قبل النكاح وجهان وكذا بعده .

كذا بينه في « الشرح الصغير » فقال : وإذا نذرت صوم يوم أو أيام ولم تعين فله منعها من الاشتغال به ، وإن عينت أياماً نظر إن نذرته قبل النكاح فليس له منعها ، وإن نذرته بعده فإن أذن فيه لم تمنع منه ، وإن لم يأذن فيه فله المنع ، ومنهم من حكى فيه وجهين سواء نذرت قبل النكاح أو بعده ، والظاهر الأول . هذا كلامه .

وتوهم النووي أن الضمير راجع إلى صوم النذر المطلق فقط حتى لا يكون في النذر المعين خلاف ويكون في المطلق المنذور قبل النكاح وبعده وجهان ؛ فإنه قال في « الروضة » : فإن كان نذراً مطلقاً فللزوج منعها منه على الصحيح وإن كانت أياماً معينة [نظر: إن نذرتها قبل النكاح أو بعده

---

(١) سقط من أ ، ب .

بإذنه فليس له منعها] (١) ، وإلا فله ذلك . هذا كلامه .

ووقع هذا الموضع في « الكفاية » على الصواب ، وألحق الماوردي النذر المطلق بصوم الكفارة حتى يأتي فيه الخلاف .

قوله : فـإن كان نذراً مطلقـاً فللزوج منعهـا منه علي الصـحيح لأنه موسع انتهى.

واعلم أنها إذا نذرت الاعتكاف بغير إذنه ودخلت فيـه بإذنه وكان متتابعا فقد جزم الرافعي في كتاب الاعتكاف بأنه ليس له منعها ، وعلله في «شرح المهـذب » بأنه يتضـمن إبطال العـبادة الواجـبة بعـد الدخول ، وهذا بعـينه موجود في نذر الصوم المتتابع فينبغي استثناؤه هنا .

قوله :وأما صوم الكفارة فهو على التراخي فللزوج منعها منه انتهى.

وما اقتـضاه كلامه من أنه لا فرق في كونـها على التراخي بين أن يكون سببها معصية أم لا ، تابعه عليه في « الروضة » أيضاً .

والمسألة قـد اختلف فيهـا كلامهما مـعاً وقد أوضحت ذلك فـي كفارة الظهار فراجعه .

قوله : وحـيث قلنا :تسقط النفـقة بالصوم فـهل تسقط جـميعـها أم نصفها للتمكين من الاستمتاع ليلاً ؟ وجهان في « التهذيب » انتهى.

والمرجح في منع بعض الزمان أنها لا تستحق شـيئاً بالكلية ، وقد سبق ذلك في أوائل الباب مع اعتراض آخر خاص بالروضة في حكايته للوجهين.

قـوله : ولو قـال الزوج : طلقتك بـعد الولادة فـأنت في العـدة ولي الرجـعة ، وقـالت: بل قبلهـا وقد انقـضت عدتي ، فـالقول قـول الزوج ولكن لا نفقة لها لزعمها . انتهى.

وهذه المسألة فيها تفصيل مذكور في آخر الباب الأول من أبواب العدة.

قوله : المسألة الثانية : إذا كانت المرأة خلية فحملت من وطء الشبهة،

---

(١) سقط من أ ، ب .

فـإن قلنا نفقـة البائـن الحامل إنما هي للحـامل لم تجب وإن قلنا للحـمل وجبت كما تجب عليه نفقته بعد الوضع .

ثم قال : فـإن كانت الحـامل من الشبهـة منكوحة فـإن أوجبنا النفـقة على الواطيء بالشـبهة سـقطت عن الزوج ، ولـم تجمع بين نفـقتين ، وإن لم نوجـبهـا على الواطء ففي سـقوطهـا عن الزوج وجهـان : أفقـههـما السقوط ؛ لفوات الاستمتاع عليه .

والثاني : لا تسقط ؛ لأنها معذورة فيه ، وهذا ما أورده في «البسيط»، واستـحسن فـي « الوسيط » توسطاً وهو أنهـا إن كانت نائمـة أو مكرهة فلها النفقـة ، وإن مكنت على ظن أنه زوجها فلا نفـقة لأن الظن لا يؤثر في الغرامات . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحـدهمـا : أن هذا التوسط الذي نقله عن « الوسـيط » هو للإمام فإنه ذكره في «النهاية» فـقال : والأولى عندنا : التفصـيل، فإن وطئت في حالة نوم أو وطئت وهي [مضبوطة] (١) فالوجه القطع بثبوت نفقتها على الزوج إلحاقا للمنع الطارئ بالمرض ، وإن مكنت على ظن أن الواطيء زوجها فهذا فيه التردد الذي حكاه الأصحاب . هذا كلام « النهاية » .

وذكر الغزالي في « البسيط » مثله وهو مثل ما في « الوسيط » إلا أنهما لم يرجحا شيئاً في القسم الثاني وهو ما إذا مكنت على ظن الإباحة .

الأمر الثاني : أن ما نقله الرافعي من « البسيط » من جزمه بالوجه الثاني غلط عجيب بل المذكور فيه ما تقدم نقله عنه .

قوله : الخامسة:إذا مات الزوج قبل أن تضع البائن حملها ، فإن قلنا: النفقة للحـمل سقطت،لأن نفقة القريب تسـقط بالموت،وإن قلنا : للحامل، فوجهان ؛ قـال ابن الحداد : تسقط أيضاً لأنها كالحاضـنة للولد وصححه

---

(١) هكذا في الأصول . ولعلها أن تكون : مغلوبة.

الإمام ، وقال الشيخ أبو علي : لا تسقط لأنها باقية على عدة الطلاق والطلاق كأنه يوجبها دفعة واحدة فيكون لبس عليه ؛ ولهذا يبقى لها حق السكني ، ولا يجيء فيه القولان في أن المتوفى عنها زوجها هل تستحق السكنى، وهذا أقيس عند الغزالي . انتهى ملخصاً .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، والأصح في هذه المسألة هو عدم السقوط فقد جزم به الرافعي في الشرحين « الكبير » و « الصغير » في كتاب العدد في أول باب عدة الوفاة ، وكذلك النووي في « الروضة » إلا أنه قد يؤخذ من كلامه هنا - أعني كلام النووي - رجحان السقوط ؛ فإنه نقل تصحيحه عن الإمام ولم ينقل ترجيح مقابله عن أحد وكما تستحق البائن الحامل النفقة تستحق الأدم والكسوة سواء قلنا النفقة للحامل أو للحمل . كذا نقله في « الروضة » من زوائده عن صاحب « التتمة » وأقره.

واعلم أن ما اقتضاه كلامه من وجوب السكنى للمعتدة دفعة واحدة قد خالفه في آخر أبواب العدة قبيل الاستبراء فقال من جملة مسائل قد نقلها عن « فتاوى القفال » : وأن المعتدة لو أسقطت مؤنة السكنى عن الزوج لم يصح الإسقاط ؛ لأن السكنى تجب يوماً فيوماً . هذا لفظه .

قوله : ومن فوائده القولين في أن نفقة البائن الحامل لها أو للحمل ما ذكره المتولي وهو أنها لو أبرأت الزوج من النفقة فإن قلنا : إنه للحامل سقطت وإن قلنا : إنه للحمل لم تسقط ولها المطالبة بعد الإبراء .

ولك أن تقول : إن كان الإبراء عن نفقة الزمان المستقبل فقد مر حكمه وإن كان عن ما مضى فالنفقة مصروفة إليها على القولين فينبغي أن يصح إبراؤها على القولين . انتهى كلامه.

وهذا الذي ذكره بحثا من الصحة على كلا القولين واقتضى كلامه عدم الوقوف على نقله وتابعه عليه في « الروضة » أيضاً قد صرح به القاضي الحسين في «تعليقته» جازماً به ونقله عنه أيضاً في « المطلب » .

الباب الثالث: في الإعسار بالنفقة

قوله : وسئل سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته فقال : يفرق بينهما .

فقيل له : سنّة ؟ فقال : نعم[(١)] .

قال الشافعي - رضى الله عنه - : الذي يشبه قول ابن المسيب أنه سنة رسول الله ﷺ . انتهى.

وما نقل عن الشافعي من كون لفظ السنة مرفوعاً قد نقل عنه الداودي وهو الصيدلاني في « شرح المختصر » نحوه أيضاً ولكن في القديم خاصة فقال في باب أسنان إبل القتل الخطأ : إن الشافعي في القديم كان يرى أن ذلك مرفوع إذا صدر من الصحابي أو التابعي ثم رجع عنه لأنهم قد يطلقونه ويريدون سنة البلد . هذا لفظه .

ورأيت في « الأم » ما يوافق الأول فقال في باب عدد كفن الميت بعد ذكر ابن عباس والضحاك ما نصه : قال الشافعي وابن عباس والضحاك بن قيس رجلان من أصحاب النبي ﷺ لا يقولان السنة إلا لسنة رسول الله ﷺ .

هذا لفظه بحروفه ، وذكر بعده بقليل مثله ، وظاهره يقتضي أن التابعي ليس كذلك .

وحينئذ فيتلخص في المسألة ثلاثة أقوال : وأن الرفع بالنسبة إلى الصحابي منصوص عليه في القديم والجديد معاً فيكون أرجح من عكسه .

قوله في « الروضة » : فإذا امتنع من دفع النفقة مع قدرته فوجهان : أحدهما : لها الفسخ لتضررها، وأصحهما : لا فسخ لتمكنها من تحصيل

---

(١) أخرجه الشافعي في « المسند » (١٢٧٣) ، والدارقطني (٣ / ٢٩٧) ، وسعيد بن منصور (٢٠٢٢) ، والبيهقي في « الكبري » (١٥٤٨٥) .

حقها بالسلطان وكذا لو قدرت على شيء من ماله أو غاب وهو موسر في غيبته ولا يوفيها حقها ففيه الوجهان : أصحهما : لا فسخ ، واختار القاضي الطبري الجواز وإليه مال ابن الصباغ ، وذكر الروياني وابن أخته صاحب « العدة » أن المصلحة الفتوى به . انتهى كلامه .

وفيه أمران :

أحدهما: أن ما ذكره في القدرة على شيء من ماله من كونه على الخلاف قد شاهدته بخط المصنف كما هو مذكور في النسخ أيضا وهو غلط مخالف لكلام الرافعي ؛ فإن فيه التصريح بنفي الخلاف فإنه ذكر ما ذكره المصنف من أنه لا فسخ ؛ للامتناع مع القدرة على الأصح .

ثم قال عقبه ما نصه : وإن كان له مال ظاهر أنفق السلطان منه ، وليس ذلك موضع الخلاف . وكذا لو قدرت على شيء من ماله .ولو غاب وهو موسر في غيبته ولا يوفيها حقها جرى الوجهان ؛ فعلى الأظهر: لا فسخ، وكان المؤثر تعنته بخراب ذمته .

هذا لفظ الرافعي ، وهو كما ذكرته لك صريح في عدم الخلاف .

وكيف يمكن خلاف ذلك مع وصولها إلى حقها ؟

وقوله : تعنته ، هو مصدر بمعنى التعنت على وزن التعجب ؛ يعني أن المؤثر ما حصل فيه من العنت لسبب خراب الذمة .

الأمر الثاني : أن لفظة أخته هنا هي بالتاء بنقطتين من فوق بعد الخاء لا بنقطتين من تحت فإنه ابن أخت لا ابن أخ ، وقد صرح به الرافعي في القضاء في الكلام على أن التحكيم هل يشترط فيه فقدان القاضي فقال : حكى صاحب « العدة » القاضي أبو المكارم الطبري ابن أخت القاضي الروياني وجهين في اشتراطه . هذا كلامه .

قوله : ولو تبرع رجل بأداء النفقة عن المعسر لم يلزمها القبول ولها

الفسخ كما لو كـان له دين على إنسان فيتبرع غيره بقـضائه لما في التبرع من المنانة ، وقيل : لا فسخ لها . انتهى .

وما ذكره من عدم القبول في المسألتين قد تابعه عليه أيضاً في « الروضة» ويستثنى من المسألة الأولى ما إذا كان المتبرع أباً أو جداً للزوج، والزوج تحت حجره فإنه يجب القـبول ؛ لأن المدفوع يدخل في ملك المؤدى عنه في هذه الحالة ويكون الولي كأنه وهب له وقبل له كما ذكروه في مواضع .

وأما أداء الدين عن الغـير فيستـثنى منه ما إذا كان المديون مـيتاً والمؤدى وراثاً فإنه يجب القبول وإن كان الميت معسـراً لأنه خليفة الميت وقائم مقامه بخلاف الأجنبي .كذا نقله الرافعي في آواخر باب القسامة عن الإمام .

ثم قـال - أعني : الإمام - : غـالب ظني أنني رأيت فيـه - أي : في الوارث - خلافًا .

قوله :ولو كان يجد بالغداة ما يغديها وبالعشي ما يعشيها فوجهان :

أحدهما : أن لها الخيار ؛ لأن نفقة اليوم لا تتبعض .

وأصحهمـا - على ما قال في « التهذيب » - : لا خيـار لها لوصول وظيفة اليوم إليها . انتهى كلامه.

لم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » ، وصحح في أصل « الروضة » ما قاله في « التهذيب » .

قوله : وهل يثبت الخـيار بالإعسار بالأدم ؟ فيه وجـهان : أحدهما : نعم ؛ لعسر الصبر على الخبز البحت[1] دائماً ، وبه قال الداركي ورجحه الروياني.

والثاني : لا لأنه تابع والنفس تقوم بدونه .

---

(١) أي الذي بلا أدم .

وهذا أصح عند الإمامين أبي حامد والقفال وغيرهما ، وتابعهم الإمام والغزالي والفراء . انتهى كلامه .

ومقتضاه أن الأكثرين على عدم الفسخ ؛ ولهذا صرح به النووي في أصل « الروضة » ، وقد صرح بتصحيحه في « الشرح الصغير » فقال : والأصح المنع ، وصحح عكسه في « المحرر » فقال : والإعسار بالكسوة كهو بالنفقة ، وكذا الإعسار بالأدم والمسكن في أصح الوجهين .

هذا لفظه . وهو غريب حيث عبر بلفظ الأصح في الموضعين ، وسلم النووي من هذا الاختلاف فإنه استدرك على « المحرر » وصحح المنع .

واعلم أن المراد بالفراء هو البغوي .

قوله في « الروضة » يثبت الخيار بالإعسار بالكسوة على المذهب. انتهى .

وهذا الكلام لا يعلم منه أن الخلاف وجهان أو قولان ولا أن الصحيح طريقة الخلاف أو طريقة القطع فإنه لا اصطلاح له في ذلك ، وقد بين الرافعي ذلك فحكى الخلاف وجهين وضعف الطريقة القاطعة .

قوله : الرابعة في الإعسار بالمهر طرق :

أحدها : وبه قال أبو على بن أبي هريرة وأبو على الطبري وأبو حفص بن الوكيل والقاضي أبو حامد - أنه إن كان بعد الدخول فلا فسخ وإن كان قبله فقولان .

والثاني : وهو أظهر عند الشيخ أبي حامد والإمام وغيرهما - أنه إن كان قبله ثبت الفسخ وإلا فقولان .

وقد أشير إلى بناء القولين في الفسخ بعد الدخول على تردد في أن المقابل بالمهر الوطء الأول فيكون المعوض تالفاً ويمتنع الفسخ، أو في مقابلة الوطئات فيكون بعض المعوض باقيا فيشبه بقاء بعض المبيع في يد

المفلس .

والثالث : طرد القولين في الحالين.

والرابع : القطع بثبوته قبل الدخول وبالنفي بعده وبه قال أبو إسحاق. .

والخامس : القطع بأنه لا يثبت في الحالين وهو الأصح عن الإمام وصاحب « الكتاب » .

وحاصل الطرق ثلاثة أقوال ذكرها في « التهذيب » :

أحدها : ثبوت الخيار في الحالين .

والثاني : منعه فيهما .

والثالث :[يثبت قبله لا بعده .

والأصح منها الأول عند صاحب « التهذيب » وغيره .

والثالث:] (١) أصح عند أكثرهم . انتهى ملخصاً.

فيه أمور :

أحدها : أنه لم يصحح شيئاً من الطرق هاهنا ، وقد صحح في « الشرح الصغير » الثاني فقال : وأظهرها أنه يثبت الخيار قبل الدخول بلا خلاف ، وفيما بعده قولان ، والثبوت مبني على أن المهر في مقابلة جميع الوطئات .

هذا لفظه . ثم ذكر بعده أيضاً في آخر المسألة أنه الأصح عند الأكثرين.

الأمر الثاني : أن ما توقف فيه من بناء القولين على أن المهر هل يقابل جميع الوطئات أم لا ؟ قد ارتضاه في « الشرح الصغير » ، وقد تقدم ذكر عبارته.

---

(١) سقط من جـ .

الثالث : إن هذا البناء يقتضي تصحيح مقابلة المهر لوطئة واحدة ؛ لأن الصحيح امتناع الفسخ .

لكن الصحيح أنه مقابل للجميع فقد جزم به الرافعي في كتاب الصيام في الكلام على ما إذا طلع عليه الفجر وهو مجامع فيلزم إما إفساد التخريج أو ضعف ما جزم به .

الرابع : حيث جوزنا الفسخ فشرطه ألا تكون المرأة قبضت شيئاً من المهر ،فإن قبضت شيئاً منه كما هو معتاد فيمتنع عليها الفسخ بخلاف البائع إذا قبض بعض الثمن فإنه يجوز له الفسخ بإفلاس المشتري عن باقيه ، والفرق بينهما أن الزوج بإقباض بعض المهر قد استقر له من البضع بقسطه ؛فلو جاز للمرأة الفسخ لعاد إليها البضع بكماله لأنه لا يمكن فيه التشريك فيؤدي إلى الفسخ فيما استقر للزوج ، بخلاف المبيع فإنه وإن استقر بعضه بقبض بعض الثمن لكن الشركة فيه ممكنة فجوزنا الفسخ ولكن في الباقي خاصة .

كذا ذكره ابن الصلاح في « فتاويه » وادعي أنه حكي ، وأن بعض قضاة الشام توقف فيه وأرسل يستدعي ما عنده فيه فبعث له به .

وتعرض ابن الرفعة في باب الفلس من المطلب للمسألة وتوقف فيها .

الخامس: أن النووي قد اختصر كلام الرافعي هنا اختصاراً فاسداً غير مطابق فقال : الإعسار بالمهر فيه طرق منتشرة : المذهب منها عند الجمهور يثبت الفسخ إن كان قبل الدخول [ولا يثبت بعده وقيل: يثبت فيها قطعًا، ورجحه البغوي] (١) وغيره ، وقيل بالمنع قطعا ، وقيل قولان ، وقيل : يثبت قبله وبعده قولان ، وقيل: لا يثبت بعده وقبله قولان .

---

(١) سقط من أ .

هذا لفظه . فصحح طريقة القطع بثبوته قبل الدخول وبمنعه بعده ، وزاد فعزاه إلى الجمهور مع أن هذا كله إنما حكاه الرافعي في القول الثالث من الأقوال الثلاثة المستفادة من الطرق لا في شيء من هذه الطرق ، بل لم ينقل الرافعي هذه الطريقة إلا عن أبي إسحاق ، وأيضاً فإنه نقل عن البغوي أنه رجح طريقة القطع بالثبوت فيهما، وإنما نقل الرافعي عنه ترجيح قول الثبوت فيهما لا ترجيح طريقة القطع بالثبوت فيهما فإن البغوي قد قال ما نصه : وإذا أعسر الزوج بالصداق هل يثبت لها الفسخ ؟ فيه أقوال : أصحها : يثبت سواء كان قبل الدخول أو بعده .

هذا لفظه . ولم يذكر مع ذلك طريقة أخرى بالكلية .

قوله : فإن علمت قبل العقد بعجزه ففي تمكينها من الفسخ وجهان : أشبههما المنع . انتهى.

والمذهب خلاف ما رجحه الرافعي هنا فقد حكي العمراني في «الزوائد» في المسألة قولين : الجديد : ثبوت الفسخ ، والقديم : عدم ثبوته .

كذا ذكره في باب ما يحرم من النكاح ، وهذا الترجيح الضعيف الذي ذكره الرافعي من عنده لما لم يقف في المسألة على غيره وقد اغتر به في «الروضة» فتابعه عليه وزاد فعبر بالأصح .

قوله : ثم نفقة الزمان الماضي لا تسقط بل تصير ديناً ، بخلاف مؤنة السكنى ، وخرج من النفقة في مؤنة السكنى وجه أنها تثبت أيضاً . انتهى ملخصاً.

تابعه عليه أيضاً في « الروضة » وهو يوهم أن النفقة تستقر بلا خلاف ؛ فإن التخريج لا يأتي فيها ، وليس كذلك بل هو ثابت فيها أيضاً وقد صرح هو به قبيل باب الاستبراء .

قوله : والصحيح المشهور أن المرأة لا تستقل بالفسخ بل لا بد من الرفع إلي القاضي كما في العنة .

وقيل : إن المرأة تتولى الفسخ بنفسها كالرد بالعيب . فعلى الأول إذا

ثبت عنده الإعسار تولى الفسخ بنفسه أو أذن لها فيه ، وقيل إنها تستقل بالفسخ بعد ثبوت الإعسار عنده . انتهى كلامه .

وفيه كلام يتعين الوقوف عليه سبق ذكره في النكاح في الكلام على العنة ، فراجعه .

قوله : وإذا قلنا لابد من الرفع إلى القاضي فلم ترفع وفسخت بنفسها لعلمها بعجزه لم ينفذ في الظاهر .

وهل ينفذ باطناً حتى إذا ثبت إعساره متقدماً على الفسخ إما باعتراف الزوج أو بالبينة يكتفي به وتحسب العدة منه ؟ فيه تردد وجه قال في « البسيط »: ولعل هذا فيما إذا قدرت على الرفع إلي القاضي .

فإن لم يكن في الصقيع حاكم ولا محكم فالوجه إثبات الاستقلال بالفسخ . انتهى .

ذكر نحوه في « الروضة » والكلام جميعه ذكره في « النهاية » والغزالي في « البسيط » ، وفيه أمور :

أحدها : أن الراجح من التردد المذكور أنه لا ينفذ باطناً فقد قال في «النهاية» : إنه الذي يقتضيه كلام الأئمة.

الثاني : أن ما نقله عن الغزالي في « البسيط » احتمالاً قد جزم به في «الوسيط » ،وادعى عدم الخلاف فيه ، وزاد على ذلك صورة أخري فقال : ولا خلاف في أنه ينفذ ظاهراً إذا لم يكن في الناحية حاكم أو عجزت عن الرفع .

الثالث : أنا إذا قلنا بالنفوذ باطناً إذا استقلت بالفسخ لعلمها بعجزه فلا شك في ترتب جميع أحكام الفسخ عليه في نفس الأمر حتى يحل للمرأة فيما بينها وبين الله تعالى أن تتزوج ولا تستحق نفقة ولا إرثاً في حالة البينونة وغير ذلك .

وأما قول الرافعي: حتى إذا ثبت إعساره . . إلى آخره . فمراده بذلك أن أثر الفسخ النافذ في الباطن لا يظهر إلا في هذه الحالة .

قوله :فإنما يتولى القاضي الفسخ أو يأذن لها فيه بعد إمهاله ثلاثة أيام من إعساره في أصح القولين .

والقولان كالقولين في أن المولى والمرتد هل يمهلان هذه المدة . انتهى .

وكلام الرافعي يوهم أن المولى والمرتد يمهلان ثلاثة أيام ، والصحيح فيهما خلافه ، فاعلمه .

قوله : التفريع إن قلنا : لا يمهل ثلاثا فمتى يفسخ ؟ وجهان : أحدهما : أن لها المبادرة إليه في أول النهار لعجزه وقت الوجوب .

وأقربهما : المنع ليرتفع البأس فيتردد ويكتسب . وعلى هذا فقد ذكرت احتمالات :

أحدها :يؤخر الفسخ إلى نصف النهار لأن الأكل لا يؤخر عنه غالباً.

والثاني : إلى آخره وهو وقت إفطار الصائمين .

والثالث : إلى انقضاء اليوم والليلة بعده لأن النفقة لهما وبمضيهما تستقر والعجز عن الحق يتحقق بعد استقراره ، وهذا أوجه عند الغزالي ، وذكر في « الوسيط » أن حاصله الإمهال يوم وليلة ، وفي هذا الوجه توقف لأن الاستمرار غير متوقف على قبضهما ؛ ألا ترى أنه لو سلم النفقة فماتت في أثناء النهار لا تسترد .

واعلم أنه قد نقل عن الإملاء أن المعسر يمهل عن النفقة يوماً ، وأثبته السرخسي قولاً ثالثاً . انتهى.

تابعه عليه في « الروضة » ، وفيه أمور :

أحدها : أن هذه الاحتمالات قد ذكرها الإمام ورجح أيضاً الذي رجحه

الغزالي فقال : فإن لم ير الإمهال فلا يتجه الإعسار انقضاء اليوم والليلة .

هذه عبارته ، ومنه أخذ الغزالي ، ولا شك أن الرافعي لم يطلع على ذلك .

ومنها: أن التوقف الذي ذكره ضعيف ؛ فإن الكلام في مطالبة المرأة وما دامت حية مطالبة لا تستقر النفقة إلا بمضي اليوم والليلة فإنها لو نشزت سقطت .

ومنها: أن حقيقة القول المنقول عن « الإملاء » هو حقيقة الاحتمال الثاني من الاحتمالات المفسرة للقول الأول وهو القائل بالمبادرة ، وقول المبادرة ثابت بلا محالة والأخذ بظاهره متروك على الراجح ، والاحتمالات المذكورة في تفسيره متجهة وثالثها مرجوح على ما اقتضاه كلام الرافعي ؛ فيكون المراد من ذلك القول إما الاحتمال الأول أو الثاني ، وقد نقل الثاني عن النص فلا يستنكر أن يكون تفسيراً له وحينئذ فيكون قولاً ثالثاً على أن المحاملي في كتاب «التهذيب» قد حكى وجهين تفريعاً على هذا القول في أنها تفسخ في أول النهار أو آخره .

قوله : وإذا فرعنا على الأصح - وهو الإمهال ثلاثاً - فإذا مضت الثلاثة فلها الفسخ صبيحة اليوم الرابع إن لم يسلم نفقته ثم قال ما نصه : وإن سلمها لم يجز الفسخ للماضي وليس لها أن تقول: آخذه عن نفقة بعض الأيام الثلاثة وأفسخ لعجزه اليوم ؛ لأن الاعتبار في الأداء بقصد المؤدي . انتهى كلامه بحروفه .

وما ذكره في تصوير المسألة وتعليلها قد تبعه عليه في « الروضة » أيضاً وهو غلط عجيب ؛ وذلك لأنها إذا قالت آخذه عن بعض الأيام الثلاثة لم يكن لها الفسخ في اليوم المذكور - وهو الرابع - وإن قبلنا قولها لأن المدة حينئذ لم تكمل بل يبقى منها على هذا التقدير يوم آخر وهو اليوم الذي

قبضت فيه فإذا جاء الغد منه يكون هو الرابع حقيقة فتطالب بنفقته ، فإن عجز فسخت بتعذر النفقة عنه - أي : عن الغد الذي جعلناه رابعاً - ، وهذا واضح ، والصواب في تصوير المسألة أن تحاول المرأة قبضه عن بعض الأيام الماضية، وقد صورها في «النهاية» بذلك فقال : وليس للمرأة أن تقول أقبض ما جئت به عن نفقة ما مضى وأطالب بنفقة اليوم فإن الرجوع فيما يؤديه من عليه الحق إلى قصده لا إلى قصد القابض .

هذا لفظه . وهو صحيح .

وذكر في « الوسيط » مثله فتصرف الرافعي فيه فوقع في الغلط .

قوله : الثانية : يجوز لها في مدة الإمهال أن تخرج لتحصيل النفقة فإن التمكين والطاعة في مقابلة النفقة .

قال في « البحر » : وعليها أن ترجع بالليل إلى منزله ، ولو أراد الاستمتاع بها لم يمنع وقضية التوجيه المذكور أن لها المنع ، وكذلك ذكر صاحب « التهذيب » ، ولا كلام في أنها إذا منعت نفسها منه لم تستحق النفقة لمدة الامتناع . انتهى كلامه.

فيه أمور :

أحدها : أن ما نقله عن الروياني من كونه لا يمنع من الاستمتاع بها محله في الليل كما أشعر به سياق كلام الرافعي ، وقد رأيته مصرحاً به كذلك في « البحر » .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن الروياني فيه وفي ملازمة المنزل ليلاً قد صرح به أيضاً الماوردي في « الحاوي » .

وأما ما نقله عن صاحب « التهذيب » فمردود ؛ فإنه أطلق أن الملازمة والتمكين لا يجبان ولم ينص على الليل بخصوصه؛ وحينئذ فلا منافاة بين الكلامين ؛ وحينئذ يترجح كلام الماوردي والروياني .

الأمر الثالث : أن الماوردي والروياني قد صرحا بأنه لا فرق في هذين الحكمين وفي غيرهما مما ذكر في هذه المسألة بين مدة الإمهال وما بعدها إذا رضيت بالمقام معه على إعساره .

وقد فرق الرافعي المسألة وأوهم كلامه تغايرهما في الحكم ؛ فإنه قال بعد هذا بأسطر : وإذا اختارت المقام مع المعسر لم يلزمها التمكين من الاستمتاع وكان لها الخروج من المنزل . ذكره صاحب « التهذيب » وغيره.

وإذا لم تمنع نفسها منه ثبت في ذمته ما يجب على المعسر ، وخروجها بالنهار للاكتساب لا يوجب نقصاً من حقها .هذا كلامه .

والأمر كما نقله عن صاحب « التهذيب » إلا أنه مطلق فيحمل على تقييد الماوردي والروياني كما أشرنا إليه ؛ ويدل عليه تقييده بقوله : وخروجها بالنهار .

فتأمل ذلك فإنه مناف أيضاً لما أطلقه الآن عن صاحب « التهذيب » .

الأمر الرابع : أنه قد علم بآخر كلامه أن دعواه أنه لا كلام .. إلى آخره محمول على ما إذا كان المنع بالليل خاصة فاعلمه . ولا شك أن السبب في وقوع مثل هذه المواضع المتفرقة إلحاق ما يظفر به المصنف بعد تقدم بعضه وذهوله عنه .

قوله : وإذا عجز عن نفقة أمّ ولده فعن الشيخ أبي زيد أنه يجبر على عتقها أو تزويجها إن وجد راغب فيها .

وقال غيره : لا يجبر عليه بل يخليها لتتكسب وتنفق على نفسها .

انتهى.

والأصح الثاني . كذا صححه في « الروضة » من زوائده .

قال رحمه الله : السبب الثاني للنفقة : القرابة وفيه ثلاثة أبواب

الأول : في أصل النفقة

قوله في أصل « الروضة » : وهل يكلف الكسب لنفقة القريب ؟ فيه أوجه : الصحيح أنه يكلف ، وثانيها : لا .

ثم قال ما نصه : والثالث : يكلف الولد دون الوالد .انتهى كلامه .

وقد اختلفت النسخ في التعبير عن الولد ؛ ففي بعضها مجرور بلام ؛ أي : يكلف الوالد ليكتسب لأجل ولده بخلاف العكس .

وفي بعضها وهو المتبادر إلى الفهم محذوف اللام مرفوع أي : يكلف الولد أن يكتسب لنفقة والده دون عكسه .

والأول هو الصواب الذي شاهدته بخط المصنف ، وصرح به الرافعي نقلاً عن « التتمة » وفرق بأن نفقة الوالد سبيلها سبيل المواساة ولا يكلف أن يكتسب ليصير من أهل المواساة ، وأما الولد فبسبب حصوله للاستمتاع فألحقت نفقته بالنفقة الواجبة للاستمتاع وهي نفقة الزوجة .

قوله : فإن كان القريب يقدر على كسب لائق فإن كان فرعاً فقيل لا تجب نفقته قطعاً ، وقيل : قولان أصحهما عند الأصحاب عدم الوجوب.

قال في « العدة » : لكن الفتوى اليوم على الوجوب وإن كان أصلاً ففيه القولان ، ومال جماعة هنا إلى ترجيح الوجوب. انتهى ملخصاً.

فأما ما دَلّ عليه كلامه في الأصل من ترجيح الوجوب فَمُسَلّم ، وحكى الرافعي في زكاة الفطر طريقة قاطعة به . وأما الذى قاله في الفرع من عدم الوجوب فقد صرح به أيضاً في « الشرح الصغير » ولم يذكر ترجيحاً غيره ، ولكنه رجح الوجوب في « المحرر » فإنه جمع بينه وبين الأصل فقال ما نصه: وإلا فثلاثة أقوال أحسنها :الوجوب ، والثالث : تجب نفقة الأصل

على الفرع دون العكس .

واستدرك النووي عليه في « المنهاج » وصحح التفصيل .

قوله : ولا تتقدر نفقة القريب لأنها تجب على سبيل المواساة لتزجية الوقت بل يعتبر حاله في سنه وزهادته ورغبته ويعطيه ما يستقل به ويتمكن معه من التردد والتصرف .

وعن ابن خيران : أنها تتقدر بقدر نفقة الزوجة ويجب له أيضاً الأدم والكسوة والسكنى ، والإخدام . انتهى ملخصاً.

فيه أمور :

أحدها : أن الغزالي قد صرح في « الوجيز » بأنه لا يجب إشباع القريب ، ولم يصرح به الرافعي هنا ، وفي أخذه من كلامه وقفة .

وحكى الرافعي في نفقة المملوك ثلاثة أوجه : أحدها هذا وكلامه يقتضي ترجيحه .

الثاني : يجب ما يكفي مثله غالباً ولا تعتبر كفايته في نفسه .

والثالث : إن أثر فقد الزيادة في قوته وبدنه لزمت وإلا فلا .

ثم قال : وينبغي أن تجيء هذه الوجوه في نفقة القريب .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد حكى في باب نفقة الزوجات عن ابن خيران أن نفقة الزوجة ليست مقدرة بل المعتبر عرف الناس في البلد فينبغي استحضاره ، وتأويل أحد النقلين عنه موهم .

الأمر الثالث : أنه يجب للقريب أجرة الطبيب وثمن الأدوية .

كذا صرح به الرافعي في كتاب قسم الصدقات .

وأما التزجية بزاي معجمة ثم جيم فمعناه التكفية قال الشاعر :

تزج من دنياك بالبلاغ

أي : اكتف .

والزهادة : قلة الأكل عكس الرغبة .

قوله : ولو سلم نفقة القريب إليه فتلفت في يده فعليه الإبدال ، وكذا لو أتلفها بنفسه لكن يؤخذ منه الضمان إذا أيسر . انتهى .

ووجوب الضمان مختص بالمسألة الثانية فاعلمه فإنه وإن كان مشكلاً لكونه قبض العين لمحض غرض نفسه إلا أنه المنقول فقد صرح به هكذا البغوي في «التهذيب» والنووي في أصل « الروضة » وابن الرفعة في «الكفاية» .

قوله : وتسقط نفقة القريب بمضي الزمان ولا تصير ديناً في الذمة وإن تعدى بالامتناع من الإنفاق .

ثم قال ما نصه : ويستثني ما إذا فرضها القاضي أو أذن في الاستقراض لغيبة أو امتناع فيصير ذلك ديناً في الذمة.انتهى كلامه بحروفه.

وما ذكره من أن نفقة القريب لا تسقط بمرور الزمان إذا فرضها القاضي ذكره الغزالي في « الوسيط » و « الوجيز » فتابعه الإمام الرافعي عليه ، ثم إن الشيخ محيي الدين تبع الرافعي على ذلك، وهو لبعضه بعض الفضلاء .

أما بطلانه من جهة النقل فإني مردود فعلاً وبحثًا سبق إلى التفطن قد تتبعت كتب الأصحاب وكشفت ما عددته لك في مقدمة الكتاب من التصانيف على كثرتها مشهورها ومهجورها فلم أر أحداً استثنى ذلك ، بل الذى رأيته التصريح بأنها لا تستقر في هذه الحالة - أي : حالة الفرض - وممن صرح بذلك الإمام أبو العباس أحمد بن القاص والإمام أبو علي الطبري صاحب «الإفصاح» ، وناهيك بهما . كذا نقله عنهما في « شرح المهذب » المسمى «بالاستقصاء » ورأيته أيضاً للمحاملي في كتابه المسمى «عدة المسافر وكفاية الحاضر » في الاستدلال على أبي حنيفة على أن نفقة الزوجات تسقط بمضي الزمان فقال : فإن قيل : كل نفقة تجب يوماً بيوم تسقط بمضي الأيام قياسًا على نفقة الأقارب.

قيل : نفقة الأقارب لو فرضها الحاكم لم تستقر في الذمة وهذه النفقة لو فرضها الحاكم استقرت في الذمة فافترقا .

هذا لفظه ، ورأيته أيضاً في كتاب « الحيل » لأبي حاتم القزويني[١] شيخ صاحب « التنبيه » فقال : نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة وإن حكم الحاكم بها . هذه عبارته بحروفه .

ذكر ذلك في أثناء الكلام على الحيل المباحة قريباً من نصف الكتاب ، وكذلك في كتاب «تذكرة المسئولين» للشيخ أبي إسحاق الشيرازي وهو كتاب كبير معقود للخلاف بيننا وبين الحنفية فقال في المسألة السابق ذكرها ما نصه: ولأنه لو حكم الحاكم في نفقة الأقارب لم تستقر في الذمة هذا لفظه.

وكذلك الغزالي في كتابه المسمى « تحصين المأخذ » في علم الخلاف في المسألة المذكورة ، ونصر المقدسي في « التهذيب » ، ومحمد بن يحيى في «التمهيد » ، ونقل أيضاً عن البندينجي في « المعتمد » ، وجزم به الجيلي في « شرح التنبيه » ، ولم يحك استقرارها بفرض القاضي إلا عن الغزالي، ولم يحكه ابن الرفعة مع اطلاعه إلا عن الرافعي ، وكان من جملة ما راجعته شرح الوجيز لأبي المعالي محمد بن يونس الموصلي فرأيته لما وصل إلي قوله: إلا بفرض القاضي لم يشرحه وترك بياضاً وشرح ما بعده ، وكأنه توقف فيه ليحترر هل هو بالقاف أو بالفاء فلم يتفق .

وبالجملة فقد صرح الرافعي في باب زكاة الفطر بما حاصله الجزم بعدم الاستقرار فقال :الثانية : إذا وجبت نفقة الابن على أبيه فملك الابن قوت ليلة العيد ويومه فإن كان كبيراً لم تجب فطرته على الأب لسقوط نفقته .

ثم قال ما نصه : وإن كان صغيراً فوجهان : قال الصيدلاني : لا تسقط

---

(١) هو محمود بن الحسن بن محمد ، القزويني ، المتوفى سنة (٤٤٠ هـ) . وكتابه هذا كتاب كبير ، وهو قيد العمل عندي ، أسأل الله إتمامه على خير ، آمين .

والفرق أن نفقة الكبير لا تثبت في الذمة بحال وإنما هي للكفاية ونفقة الصغير قد تثبت ؛ ألا ترى أن الأم لها أن تستقرض على الأب الغائب لنفقة الصغير فكانت نفقته آكد.

وقال الشيخ أبو محمد : تسقط كما تسقط النفقة ، وتردد فيما ذكره من جواز الاستقراض على الأب الغائب لنفقة الصغير وقال الأظهر منعه إلا بإذن السلطان ، ومثله يفرض في حق الكبير أيضاً ، وما ذكره الشيخ أظهر عند الإمام وغيره . هذا كلامه .

هذا ما تحرر في دفعة من جهة المنقول ، وأما من جهة المعني فلأنهم عللوا عدم الاستقرار بأنها تجب علي سبيل المواساة لإحياء النفس ، فإذا كان كذلك فالزمن الماضي قد حيت نفسه فيه فلا معني لإيجاب النفقة وأيضاً فإن نفقة القريب إمتاع لا تمليك كما جزم به الرافعي ونقله عن الأئمة .

وقد قال الإمام : وما لا تمليك فيه وانتهى إلى الكفاية استحال مصيره ديناً في الذمة ، وأيضاً فكيف يتصور تأثير القاضي في الفرض لأنه إن عنى به الإيجاب كان تحصيلا للحاصل ويلزم عليه بقاء الأمر على ما كان عليه من السقوط ، وإن عنى به التقدير لزم ألا يؤثر إلا في قدر ما كان يجوز أن يزيد أو ينقص حتى إنه يمتنع طلب الزيادة على من يأخذ والنقص على من يعطي ، وأما صفة الوجوب من السقوط فباقية على ما كانت عليه لأن الحكم إنما يوجه على هذا التقدير إلى التقدير مع أنا نمنع جواز التقدير للقاضي لأن الواجب هو الكفاية بالمعروف كما هو منصوص عليه في حديث هند ، والتقدير مناف لها ، وإذا كان الواجب هو الكفاية فيكف يجوز له أن يحكم بالتقدير الذى هو خلاف معتقده ؟

واعلم أن لفظ الرافعي قريب من التصحيف فإنه عبر بقوله ويستثنى ما إذا فرض القاضي أو أذن في الاستقراض كما تقدم النقل عنه وكأن مراده إذا

اقترض بالقاف - ويدل على التصحيف فيه أمران :

أحدهما : وجدانها في بعض النسخ كذلك - أعنى بالقاف - .

والثاني : أن البغوي والمتولي صرحا باستثنائها وأنه لا يستثنى غيرها ، وقد علمت كثرة نقل الرافعي عنهما فيبعد عادة تركه لذلك ، واستثناها أيضاً في «البحر» مع أن الاستثناء لا حاجة إليه لأن المقرض يدخل في ملك المقترض عليه أولاً ثم يأخذه من يجب له .

قوله في الروضة : إذا كان الابن في نفقة أبيه وله زوجة فوجهان حكاهما أبو حامد وغيره .

أحدهما :يلزم الأب نفقتها ونفقة زوجة كل قريب وجبت نفقته لأنه من تمام الكفاية ، وبهذا قطع صاحب « المهذب » .

وأصحهما : لا يلزمه. انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من حكاية الوجهين هو الصواب ، وقد ادعى في باب زكاة الفطر من « شرح المهذب » عدم الخلاف فقال : وأما زوجة الابن المعسر فلا تجب نفقتها ولا فطرتها بلا خلاف . هذا لفظه .

قوله : وإذا امتنع الأب من الإنفاق على الولد الصغير أو كان غائباً فهل تستقل الأم بالأخذ من ماله ؟ فيه وجهان : أظهرهما عند صاحب الكتاب وغيره : نعم كقضية هند .

والثاني : لا ؛ لأنها لا تلي التصرف في ماله فلا تلى التصرف في مال ابنه ، ومن قال به حمل ما ذكره النبي ﷺ لهند على أنه كان قضاء أو إذناً لها لا إفتاء وحكماً عاماً . انتهى كلامه.

وقد استفدنا منه أن المرجح أنه إفتاء وحكم عام ؛ لأن المرجح جواز الأخذ ، وقد تعرض الرافعي لذلك في مواضع ؛ واختلف فيه كلامه فراجعه في أول النفقات .

قوله : وفي استقلالها بالاستقراض عليه إذا لم تجد له مالاً وجهان بالترتيب ؛ أي : على الأخذ عند الوجدان ، والاقتراض أولى بالمنع لخروجه عن صورة الحديث ومخالفة القياس. انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً ، ولا يؤخذ منه تصحيح لأن معنى الترتيب الذى ذكره أنه إن امتنع هناك امتنع أيضاً هنا ، وإن جاز هناك فهاهنا وجهان ، والراجح في هذه المسألة هو المنع ؛ فقد سبق من كلام الرافعي في باب زكاة الفطر ما يدل عليه .

قوله : يجب على الأم أن ترضع ولدها اللبا لأن الولد لا يعيش إلا به غالباً . ثم إن لها أن تأخذ الأجرة عليه إن كان لمثله أجرة ، وفيه وجه منقول عن الحاوي أنه لا أجرة لها لأنه حق تعين عليها والأب عاجز عنه كما إذا أيسرت بالنفقة والأب معسر . انتهى كلامه.

تابعه في « الروضة » على نقل هذا الوجه عن « الحاوي » ، وليس كذلك، إنما ذكره احتمالاً فقط فقال : ولو قيل لا أجرة لها لأنه حق واجب قد تعين عليها وعجز الأب عنه فجرى مجرى نفقته لكان له وجه . هذا كلامه .

قوله : وهل للزوج منع زوجته من إرضاع ولدها منه ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا وهو اختيار القاضي أبي الطيب لأنها أشفق على الولد من الأجنبية ولبنها له أصلح وأرفق .

وأقواهما - وهو اختيار الشيخ أبي حامد -: أن له المنع ؛ لأنه يستحق الاستمتاع بها في الأوقات المصروفة إلى الإرضاع ، وهذا ما أورده الغزالي في « الوجيز » والشيخ في « المهذب » قال : لكنه يكره له ذلك. انتهى .

وقد ذكر الرافعي - رحمه الله - بعد هذا قبيل الجنايات بنحو ورقة في الكلام على ولده من أمته ما يشكل على هذا فقال : وهل للسيد تسليمه إلى

مرضعة غيرها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنها ملكه وقد يريد استخدامها والاستمتاع بها .

وأظهرهما - وهو المذكور في « الوجيز » - لا ؛ لما فيه من التفريق بين الوالدة وولدها . انتهى .

والمتجة التسوية بين المسألتين ، وتعليل الرافعي المنع في الموضع الثاني بالتفريق عجيب ؛ فقد جزم الرافعي في كتاب السير بأن أحدهما لو كان حراً جاز بيع الآخر ، فإذا جاز التفريق بالبيع فبالرضاع أولى ، وقد استدرك في « الروضة » هنا على الرافعي غير مستحضر للمذكور هناك فقال : قلت الأول أصح وصححه البغوي والروياني في « الحلية » وقطع به الدارمي والقاضي أبو الطيب في « المجرد » والمحاملي والفوراني وصاحب « التنبيه » والجرجاني ، والله أعلم .

واعلم أن صاحب « التنبيه » قد عبر فيه بقوله: لم يمنعها الزوج ، وهذه العبارة تحتمل التحريم والكراهة؛ فلا يستدل بها على التحريم بل حملها على الكراهة أولى لتصريحه به في «المهذب» كما تقدم نقله عنه .

قوله :وهل للزوج أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده؟ فيه وجهان : قال العراقيون : لا يجوز ، وربما طردوه في الخدمة لأنه يستحق الاستمتاع بها في تلك المدة فلا يجوز أن يعقد عليها عقداً آخر يمنع استيفاء المستحق، والأصح: الجواز ، ويكون الاستئجار رضا بترك الاستمتاع واحتج له بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦]، ولو لم يجز استئجارها لم تكن لها أجرة.

انتهى كلامه. وفيه أمران :

أحدهما : أن الاستدلال بالآية سهو فإن أول الآيات وهو قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق :٤] . . إلى آخرها إنما هو

مذكور في المطلقات ، وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي في كتاب الإجارة أيضاً، واقتضى كلامه أن العراقيين سلموا أن الاستئجار لغير الرضاع يصح ، ونقل عنهم أنهم احتجوا للمنع بأنها أخذت منه عوضاً للاستمتاع وعوضاً للحبس فلا تستحق شيئاً آخر .

الأمر الثاني : أن الرافعي في الإجارة قيد الخلاف بما إذا كان ولده منها ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك لأمر آخر فراجعه .

قوله : وإذا فرعنا على أن الزوج ليس له منع زوجته من إرضاع الولد أو قلنا إن له ذلك فاتفقا على الإرضاع فطلبت الأجرة وقلنا بالأصح أنه يجوز له استئجار زوجته لإرضاع ولده كانت كالثانية إذا طلبت الأجرة . انتهى ملخصاً.

وحكم الثانية أنه يجب لها أجرة المثل ، فإن وجد الأب متبرعة أو من ترضى بدون المثل ففي الانتزاع وجهان : الأصح أن له ذلك .

إذا علمت ذلك فما ذكره الرافعي من التحاقها في ذلك بالثانية صحيح في الحالة الأولى وهو ما إذا قلنا : ليس له المنع ، وأما ذكره ذلك في الحالة الثانية أيضاً وهو ما إذا قلنا : بالصحيح أن له المنع فتوافقا ، فقد تابعه عليه في « الروضة » وهو عجيب لا يعقل ، بل إذا قال الزوج : لا أرضى بتسليمه لك إلا إذا كنت متبرعة أو راضية بدون أجرة المثل ، فإنه يجاب بلا خلاف ؛ لأن التفريع على أنه لا يجب عليه تمكينها من ذلك .

قوله أيضاً في المسألة : وإذا أرضعت بالأجرة فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع ولا ينقصه فلها مع الأجرة النفقة ، وإن كان يمنع أو ينقص فلا نفقة لها .

كذا ذكره صاحب « التهذيب » وغيره ، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف [فيما إذا سافرت لغرض نفسها بإذنه . انتهى .

وهذا البحث الذي ذكره قد تابعه عليه في « الروضة » وهو صحيح فيما إذا قلنا : له المنع فتوافقا بالأجرة، وقد نقل في كتاب العدد ما يؤخذ منه

الخلاف][1] بطريق الأولى فقال في باب عدة الوفاة في الكلام على المفقود: وحيث قلنا الولد للثاني وحكمنا ببقاء نكاح المفقود فله منعها من إرضاع الولد إلا اللبا الذي لا يعيش إلا به ، وإذا لم يكن بد من الإرضاع ولم يوجد غيرها ، ثم إن لم تخرج من بيت الزوج وأرضعته فيه ولم يقع خلل من التمكين فعلى الزوج نفقتها .

قال في « الشامل » : سواء وجب عليها الإرضاع أو لم يجب .

وإن خرجت للإرضاع بغير إذنه سقطت نفقتها ، فإن خرجت بإذنه فوجهان كما لو سافرت في حاجتها بإذنه . هذا كلامه .

فإذا جرى الخلاف في الرضاع مع الخروج بالكلية فجريانه مع بقائها في المنزل بطريق الأولى .

وأما حكايته لهذا البحث أيضاً على الوجه الآخر الذى صححه النووي؛ وهو أنه لا منع له فلا يستقيم لأن إذنه مفقود بالكلية أو غير معين لأنه يجبر على التسليم ، فإذا كان يجبر على ذلك ومع الإجبار تعطى الأجرة ولم يحصل له استمتاع بالكلية أو الاستمتاع التام كيف يأتي إيجاب النفقة ؟

واعلم أن ما نقلناه عنه في العدد يقتضي الجزم بأنها لا تستحق النفقة عند الخلل من التمكين وإن لم تخرج من المنزل وأن ذلك لا يخرج على الخلاف في السفر ، فإذا كان لا يخرج عليه مع وجوب الإرضاع عليها فكيف يتخرج مع عدم الوجوب ؟

---

(١) سقط من أ ، ب .

الباب الثاني: في ترتيب الأقارب

قوله : وإذا اجتمع اثنان منهم - أي من المنفقين - نظر: إن استويا في القرب والوراثة أو عدمها والذكورة والأنوثة كابنين أو ابنتين فالنفقة بينهما بالتسوية. ثم قال ما نصه : فإن اختلفا في شيء من ذلك ففيه طريقان :

أحدهما : النظر إلى القرب ؛ فإن كان أحدهما أقرب فالنفقة عليه لأنه أولى بالاعتبار . ولا فرق بين أن يكون الأقرب وارثاً أو غير وارث ولا بين أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن استويا في القرب ففي التقديم بالإرث وجهان : أحدهما : أن النفقة على الوارث لقوة قرابته ، والثاني : أنه لا أثر للوراثة لأن القرابة المجردة عن الإرث موجبة للنفقة، فالإرث غير مرعي في الباب . فإن قدمنا بالإرث ، فلو استويا في أصل الإرث فيستويان أو تكون النفقة بحسب الإرث ؟ فيه وجهان : وجه الثاني : إشعار زيادة الإرث ، [بزيادة قوة القرابة، والطريقة أن النظر أولاً إلى الإرث] (١) فإن كان أحدهما وارثاً دون الآخر فالنفقة على الوارث ، فإن كان غير الوارث أقرب ، فإن تساويا في الإرث وأحدهما أقرب فالنفقة على الأقرب ، فإن تساويا في القرب أيضاً فالنفقة عليهما ، ثم يسوي أو يراعي قدر الإرث؟ فيه الوجهان:

وإذا استويا في المنظور إليه على اختلاف الطريقتين وأحدهما ذكر والآخر أنثى فهل يختص الذكر بوجوب النفقة عليه ؟ فيه وجهان ؛ وجه الاختصاص أنه أقوى وأقدر على الكسب .

وأيضاً فإنه لو اجتمع الأب والأم تكون النفقة على الأب دون الأم .

هكذا قيد في « الوسيط » وجه اعتبار الذكورة فيما إذا استويا في سائر الأسباب عن رواية الشيخ أبي عليّ ؛ وكأنه لذلك لم يجعله هاهنا طريقة

(١) سقط من أ .

تقابل الطريقتين السابقتين بل جعله وجهاً بين الطريقتين ، ومنهم من حكاه طريقة برأسها فقال : إن كان أحدهما ذكراً فالنفقة عليه قريباً كان أو بعيداً وارثاً كان أو غير وارث .

وإن كانا ذكرين أو أنثتين فالنفقة على المدلي بالذكر ، فإن استويا في الإدلاء فهي على الأقرب .

والأظهر عند صاحب « الكتاب » والإمام وصاحب « التهذيب » وغيرهم : الطريقة الأولى دون اعتبار الإرث والذكورة ؛ واحتجوا بأن الإرث والذكورة لا يشترطان في وجوب النفقة والمنفرد منهم تلزمه النفقة وإن لم يكن جائزاً ولا وارثاً .

ويدل على قوة القرب أن من اعتبر الإرث أو الذكورة قطع عند استوائهما في الإرث أو الذكورة بالاعتماد على القرب ، والمعتبرون للقرب ترددوا عند استوائهما في الدرجة في أنه هل يعتبر الإرث والذكورة ؟. واختيار العراقيين يخالف اختيارهم أولاً في بعض المنازل كما نبينه في الأمثلة .

أمثلته : ابن وبنت النفقة عليهما بالسوية إن اعتبرنا بالقرب ، وبه قال أبو حنيفة .

وكذا في اعتبار الإرث أن اكتفينا بأصله ، وإن اعتبرنا مقدار الإرث فيكون عليهما أثلاثاً وبه قال أحمد :

وهي على الابن إن اعتبرنا الذكورة ، وهو ما اختاره العراقيون ، وربما لم يوردوا غيره .

قوله : بنت وابن ابن هى على البنت إن اعتبرنا القرب ، وبه قال أبو حنيفة ، وعليهما بالسوية إن اعتبرنا الإرث ، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكورة وهذا ما اختاره العراقيون. انتهى كلامه بحروفه.

فيه أمور:

أحــــدها : أن الصحيح إنما هو اعـتبار الإرث على خلاف مـا أشعر به كلامه هنا من رجحان القرب،وستعرف ذلك بعد هذا الموضع بنحو ورقتين.

الأمـر الثــاني : أن المثال الأول من المثـالين المذكورين في آخر كـلامه صحيح ، وأمـا الثاني – وهو البنت مع ابن الابن – فحكمه فيـه بأن النفقة على البنت إن اعتبـرنا القرب وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكـورة صحيح ، وأما حكـمه بأنها علـيهمـا بالسوية إن اعـتبـرنا الإرث فقـد تبعه علـيه في «الروضة» أيضاً ، وهو غلط مـحض لا قائل به ، بل تجب على البنت على الطريقين معاً ، أما على الطريقة الأولى فـواضح ، وأما على الطريقة الثانية فلأن الذى يعتبر الإرث يقول فيمـا إذا كانا معا وارثين بتقديم الأقرب ، فإن استويا في القرب أيضاً كانت عليهما .

وفي مثالنا لم يتساويا ؛ فراجع ذلك ، مع ما ذكره في كل من الطريقين يظهر لك بطلانه ولا تجد له شيئاً يتفرع عليه ، ولا شك أن الرافعي بقي في ذهنه أصل الخلاف ففرع عليه ذاهلاً عن شرطه فوقع في الغلط في أمثلة هذا منها ، وباقيها ستعرفه.

الأمر الثالث : أن الرافعي قد حكى خلافاً عند القائلين باعتبار الذكورة في أنها هل تعتبر مطلقا أو عند استوائـهما في المنظور إليه ، ثم فرع عليهما في أمثله كـما تقـدم فأسقط النووي القـائل باعتبـارها بلا شرط لكونهـا قد وقعت في أثناء تعليل وكلام يظن معه الفـراغ من نقل الحكم كما تقدم ذكره ثم تابع الرافعي في التـفريع عليهـا فلزم منه أنه فرع على شيء غير مـذكور بحيث لا ينطبق ما ذكره في تلك الأمثلة على الخلاف المتقدم منها مثالنا هذا بعيـنه وهو البنت مع ابن الابن فإن جـميع مـا ذكره لا يؤخذ منـه أن قائلاً يقـول بتـقديم ابن الابن على البنت فإنهما لم يتـساويا في المنظور إليه فتأمله

فإنه واضح .

الأمـــر الرابع : ذكر الرافعي بعد هذا أنــه إذا احتاج البالغ وله أب وأم وفَرّعْنَا على أن النـفقة عليـهما لا على الأب فـهل يسوى بينهمـا أو يجعل أثلاثاً بحسب الإرث؟ فيه وجهان رجح منهما الثاني . هذا كلامه .

وفي « الشرح الصـغير » و « الروضة » مـثله أيضاً ، وقيـاسه أن يكون الراجح في هذه المسألة وهي اجتماع الفروع كذلك .

قوله : بنت وبنت ابن هي على البنت إن اعتبرنا القرب ، وعليهما إن اعتبرنا الإرث . انتهى كلامه.

وما ذكره مـن كونها عليهـما إن فَرَّعْنَا على الإرث تابعه عليـه أيضاً في «الروضـة » وهو غلط ، بل يجب على البنت بـلا خلاف لما عـرف من أن الذى يعتبـر الإرث يقول فيمـا إذا كانا معاً وارثين أنه يقـدم الأقرب قطعاً ، وقد ذكر في « النهـاية » هذا المثال بعينه وقال : إن النفـقة على البنت على جميع الطرق .

قوله : بنت وابن بنت هـي على البنت إن اعتبـرنا القرب أو الإرث ، وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكور . انتهى .

وحكمه كله صحيح إلا إيجابه على ابن البنت فإنه لا يصح على ما في «الروضة » ؛ إذ ليس فيها طريقة اعتـبار الذكورة مطلقاً بل عند التساوي في المنظور إليه كما تقدم إيضاحه.

قوله : ابن وولد خنثى إن قلنا في اجتماع الابن والبنت تكون عليهما فكذا هاهنا ، وإن قلنا تكون على الابن فـهاهنا وجهان : أحـدهما : على الابن نصفها لأنه المستيقن والنصف الآخر يفرضه الحاكم ، فإن بان ذكراً فالرجوع عليه وإلا فعلى الابن وأظهرهما : يؤخذ الجميع من الابن ، فإن بان الخنثى ذكرًا رجع عليه بالنصف . انتهى كلامه.

ذكر في « الروضة » نحوه . وفيه أمران :

أحدهـما : أنه سكت عما إذا لم يوجد من يقرض ، والحكم أنه يجب على الخنثى .

قـاله القاضي الحـسين في « تعليـقه » في نظيـر المسألة ، وكـذلك ابن الصباغ في « الشامل » .

الأمر الثـاني : أن كلامه يقتضي فيـما إذا استمر الإشكال إلى الموت أن الرجوع على الابن ، فتفطن له .

وخالف ابن الرفـعة في « الكفاية » فـقال : لا يرجع عليه ، ومـا قاله الرافعي أصـوب لأنه لا يمكن تفويت ذلك على من اقـترض منه وقـد تيقنا أهلية الذكر للوجوب وسلكنا في المشارك له والأصل عدمه وحكى الماوردي وجهاً ثالثاً أن النفقة عليهما نصفين .

قوله : بنت وولد خنثي إن قلـنا في اجتماع الابن والبنـت النفقة عليهـما فكذا هاهنا ، وإن قلنا : على الابن فوجهان :

أحدهما : على الخنثى ، فإن بانت أنوثته رجعت على أختها بالنصف.

والثاني : لا يؤخذ منه إلا النصف لأنه اليـقين ويؤخذ النصف الآخر من البنت ، فإن بانت ذكورته رجعت عليه . انتهى كلامه .

لم يصحح شيئاً منهما في « الروضة » أيضاً وإنما زاد فقال : كان ينبغي أن يجيء وجه الاقتراض ولا يؤخذ من البنت شيء ، والذى قاله صحيح ، والراجح من الوجهين هو الثاني؛ كذا رجحه ابن الصباغ فقال : إنه القياس .

والأمر كما قال ؛ فإن الأصل عدم المرجح .

قوله : تقدم نفقة الزوجة على نفقة الأقارب.

هكذا أطبق عليـه الأصحاب لأن نفـقتـها آكد لأنهـا وجبت عـوضاً ،

واعترض الإمام بأن نفقتها إذا كانت كذلك كانت كالديون ونفقة القريب في مال المفلس تقدم على الديون ، وخرج لذلك احتمالاً في تقديم القريب وأيده بالحديث أن رجلاً قال للنبي ﷺ : معي دينار فقال : « أنفقه على نفسك » فقال : معي آخر فقال : « أنفقه على ولدك » فقال معى آخر . فقال : أنفقه على أهلك [١] .

فقدم [نفقة الولد على الأهل . انتهى كلامه.

وهذا الحديث أخرجه أبو داود بإسناده عن سفيان عن محمد بن عجلان عن سعيد بن الفضل بن أبي سعيد المقري عن] [٢] أبي هريرة عن النبي ﷺ وأخرجه النسائى [٣] بإسناده عن إسحاق بن سعيد القطان عن محمد بن عجلان . . إلى آخر السند المذكور في أبي داود وفيه تقديم الزوجة على الولد ؛ فتعارضت الروايتان.

قوله : وذكر أنه لو اجتمع جدان في درجة واحدة وأحدهما عصبة كأبى الأب مع أبي الأم فالعصبة أولى ، وأنه لو اختلفت الدرجة واستويا في العصوبة أو عدمها فالأقرب متقدم وإن كان الأبعد غيره تعارض القرب والعصوبة فيستويان. انتهى كلامه.

وما ذكره في آخره من استواء القرب والعصوبة خلاف الصحيح ، فاعلمه ؛ فقد ذكر في النكاح في إعفاف الجد أنه دائر مع النفقة وأنه لو كان الأبعد عصبة قدم في الأصح .

ومما ذكره هناك يعلم أن الصحيح عند اجتماع المنفقين هو التقديم بالإرث أيضاً على خلاف ما أشعر به كلامه عند ذكره لهذه المسألة ، وهو قبيل هذا الموضع بنحو ورقتين ، وقد تقدم هناك الوعد بذكره .

---

(١) أخرجه أبو داود (١٦٩١) ، وابن حبان (٤٢٣٥) ، والحاكم (١٥١٤) ، والبيهقي في «الشعب» (٣٤٢١) و « الكبرى » (١٥٥١٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . قال الألباني : حسن .

(٢) سقط من أ .

(٣) أخرجه النسائي (٢٥٣٥) ، وأحمد (٧٤١٣) .

قال الألباني : صحيح .

واعلم أنه ليس في كلام الرافعي ولا في كلام « الروضة » تصريح بتعيين ذاكر هذه الفروع ؛ فإن قبله ذكر الروياني وذكر البغوي وكل منهما يحتمل عود الضمير إليه والبغوي أقرب في اللفظ وهو القائل فاعلمه .

قوله : أب وابن إن كان الابن صغيراً قدم وإلا فهل يقدم الابن أم الأب أم يستويان ؟ فيه ثلاثة أوجه : ثالثها اختيار القفال . انتهى .

لم يصحح في « الروضة » أيضاً شيئاً من هذا الخلاف والصحيح تقديم الأب . كذا صححاه في باب زكاة الفطر .

قوله : أب وأم ، تُقدم الأم على الأصح ، وقيل : الأب ، وقيل : يستويان . انتهى .

وما صححه هنا من تقديم الأم تبعه عليه أيضاً في « الروضة » وهو مخالف لما سبق منهما في زكاة الفطر؛ فإنهما صححا هناك تقديم نفقة الأب، وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه.

واعلم أن الرافعي قد أهمل صورا من اجتماع الآخذين منها : الأم والبنت ، وهو قياس الأب مع الابن .

ومنها : الجد مع الجدة ، فإن كانت مساوية له في الدرجة فهي قياس الأم مع الأب ،فإن كان هو أعلى منها فهو قياس اجتماع الجد مع الأم ، وإن كانت هي أعلى فكالجدة مع الأب .

قوله : وفي « البحر » أنه لو كان له ولدان ولم يقدر إلا على نفقة أحدهما وله أب موسر وجب على الأب نفقة الآخر،فإن اتفقا على الإنفاق بالشركة أو على أن يختص كل واحد بواحد فذاك ، وإن اختلفا عمل بقول من يدعو إلى الاشتراك .

وذكر أنه لو كان للأبوين المحتاجين ابن لا يقدر إلا على نفقة أحدهما وللابن ابن موسر فعلى ابن الابن باقي نفقتهما ، فإن اتفقا على أن ينفقا عليهما بالشركة أو على أن يختص كل واحد منهما بواحد فذاك، وإن اختلفا رجعنا إلى اختيار الأبوين إن استوت نفقتهما ،وإن

اختلفت اختص أكثرهما نفقة بمن هو أكثر يساراً .

وجوابا الصورتين متقاربان كما ترى والقياس أن يسوي بينهما بل ينبغي في الصورة الثانية أن يقال : تختص الأم بالابن تفريعاً على الأصح وهو تقديم الأب على الأم ، وإذا اختصت به تعين الأب لإنفاق ابن الابن . انتهى كلامه .

وما بحثه في الصورة الثانية تابعه عليه في « الروضة » أيضاً ، وهو غير متجه لأن تصحيحهم تقديم نفقة الأم إنما ذكروه حيث لم يكن بعد الابن من تجب عليه نفقة الأم ، وتعليلهم بعجز النسوة يدل عليه ، وإذا كان كذلك امتنع ما قاله من تقديمها على الأب ، ولا بد من نقل صريح في هذه المسألة على ما قاله سَلّمْنا لكن إنما يتم هذا أن لو سَلّم عن ورود مثله في حق ابن الابن لكنه غير سالم ؛ وذلك لأن الأم والأب على حد واحد في حق ابن الابن فكما تتقدم الأم على الأب في حق الابن فتتقدم الجدة على الجد في حق ولد الولد لأنه لا فرق بينهما ؛ فيندفع ما قاله من تعين الأب لإنفاق ابن الابن .

وما ذكره الروياني أيضاً في الصورة الثانية من اختصاص أكثرهما نفقة بالأكثر يساراً لا يستقيم على إطلاقه بل الذى ينبغي أن يختص به إنما هو القدر الزائد الذى هو موسر به وما عداه هو محل التراحم .

قوله : ولا تجب على العبد نفقة ولده ولكن إن كانت الأم حرة فالولد حر وعليها نفقته . انتهى .

وما ذكره ليس بلازم فقد تعتق الأم ويبقى الولد على رقه .

قوله : ولو استولد المكاتب جارية نفسه وإن كنا لا نُجوز له ذلك فيتكاتب الولد عليه . انتهى كلامه .

وما ذكره من منع التسرى تابعه عليه في « الروضة » ومقتضاه امتناعه وإن كان بإذن السيد ، وفيه اضطراب وقع في كلامه وكلام « الروضة » أيضاً تقدم التنبيه عليه في معاملات العبيد وغيرها .

قوله : وهل تجب نفـقة المكاتب على ولده الحـر ؟ عن « الحاوي » أنه يحتمل وجهين :

أحدهما : لا ؛ لبقاء أحكام الرق .

والثاني : نعم ؛ لا نقطاع النفقة عن سيده .انتهى .

وهذا الكلام يقتضي أن الرافعي - رحمه الله - لم يقف في هذه المسألة على نقل ، وقد تابعه عليه في « الروضة » أيضاً ، وزاد فقال : الأول أصح لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلينفق من كسبه ، فإن تعذر عجز نفسه والنفقة على سيده . هذا كلامه .

وما قالاه غريب جداً ؛ فإن المسألة منقولة مـوجودة في كلامهما مجزوم بها على العكس من هذا التـصحيح المذكور هنا ، ذكـرا ذلك في أول كتاب قسم الصدقات ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : من نصـفه حر ونصفـه رقيق قال في « البـسيط » : الظاهر أنه تلزمه نفقة القريب لأنها كالغرامات .

وهل تلزمه نفقة تامة أم نصفها ؟ وجهان حكاهما ابن كج .انتهى .

وما نقله عن « البسـيط » من ترجيح الوجوب وأقره عليه قد تبـعه عليه في « الروضة » ، وزاد فصحح وجوب نفقـة كاملة قال : لأنه كالحر بدليل الكفارة ، وما ذكراه من إيجابها عليه يقـتضى إلحاقه بالموسرين ، وفيه كلام سبق في أوائل النفقات فراجعه .

قوله : ولو كان من نصـفه حر ونصفه رقـيق محتاجـاً هل يلزم قريبه الحر نفقته بقدر ما فيه من الحرية ؟ وجهان حكاهما ابن كج .

والراجح على ما قاله في « الروضة » هو الوجوب قال : ويمكن بناؤهما على أنه هل يورث ، وهذا الذى قاله من البناء عجيب ؛ فـإن النفقة ليست دائرة مع الإرث ؛ ألا ترى أنا نوجب نفقة أولاد البنات والجد للأم والمخالف في الدين .

الباب الثالث : الحضانة

قوله في « الروضة » : لكن لاستحقاق الأم شروط :

أحدها : كونها مسلمة إن كان الطفل مسلماً بإسلام أبيه ... إلى آخره .

والتقييد بإسلام الأب ذكر الرافعي نحوه أيضاً والصواب حذفه لأنه لو كان مسلماً بإسلام بعض أجداده أو جداته أو بالسبى كان كذلك أيضاً ، وكلامهم بعد هذا يؤخذ منه . ولم يذكر من الشروط كونها بصيرة ، وهو يقتضي أن العمياء تثبت لها الحضانة ، وهو كذلك ؛ فإن الحضانة عبارة عن القيام بحفظ الطفل ومصالحه في نفسه ، والحاضنة لا يجب عليها تعاطيه بنفسها بل لها أن تستنيب فيه .

وقد صرحوا في باب الإجارة أنه يجوز استئجار الأعمى في الحفظ إجارة ذمه لا إجارة عين .

قوله : ولو وصف صبى منهم الإسلام - أي : من أهل الذمة - نزع من أهل الذمة ولم يمكنوا من كفالته صححنا إسلامه أو لم نصححه احتياطاً للإسلام . انتهى كلامه.

ذكر في « الروضة » نحوه أيضاً وهو يوهم أو يدل بظاهره على أنه لا يجوز تركه في أيديهم ، وليس كذلك بل الصحيح الجواز .

كذا ذكره الرافعي في كتاب اللقيط وتبعه عليه في « الروضة » لكن ذكر أيضاً في باب الهدنة كما ذكر هاهنا بل عبر بعبارة هي أصرح من هذا في الإيجاب .

قوله : والطفل الكافر هل يثبت لقريبه المسلم حق حضانته ؟ قال في « التتمة » : الصحيح من المذهب ثبوته .

قال : ويجرى هذا الخلاف فيما إذا جُنّ الذمى وله قريب مسلم هل يثبت له حق الحضانة ؟ انتهى .

صحح في « الروضة » ما قاله في « التتمة » فقال : والطفل الكافر والمجنون الكافر تثبت لقريبه المسلم حضانته وكفالته على الصحيح . هذا لفظه . ومقتضاه أن الحكم جار في الأصول وغيرهم على الإطلاق ، وقد ذكر في كتاب اللقيط من أصل « الروضة » كلاماً يخصص هذا فقال : فرع : المحكوم بكفره إذا بلغ مجنونًا حكمه حكم الصغير حتى إذا أسلم أحد والديه تبعه ، وإن بلغ عاقلاً ثم جن فكذلك على الأصح .

هذا كلامه . ومقتضاه أن لا فرق في ذلك بين ابتداء الإسلام ودوامه حتى إذا جن البالغ الذى أبوه مسلم كان كذلك .

قوله : ولا حضانة لرقيقه ، ثم إن كان الولد رقيقاً فحضانته على السيد .

وهل له نزعه من الأب وتسليمه إلى غيره ؟ وجهان بناء على القولين في جواز التفريق .

ولو كانت الأم حرة والولد رقيقا بأن سُبى طفلا ثم أسلمت أمه أو قتلت الذمية فحضانته للسيد وفي الانتزاع منها الوجهان : انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » ، فيه أمور :

أحدها : أن أمّ ولد الكافر إذا أسلمت فإن ولدها يتبعها في الإسلام وحضانته لها وإن كانت رقيقة . كذا نقله الرافعي في كتاب أمهات الأولاد عن أبي إسحاق المروزي وأقره ونقل معه عنه حكماً آخر فاعترض عليه في

« الروضة » في ذلك وارتضى هذا وكأن المعنى فيه فراغها لمنع السيد من قربانها مع [وجوب نفقتها] (١) .

الأمر الثاني : أن تصوير حرية الأم ورق الولد بالتصوير النادر الذي ذكره - وهو السبي والذمية - عجيب ؛ فإن أسهل من ذلك كله أن يصور بما إذا اشتراها ثم أعتق الأم ، ولا شك أنه لم يستحضر هذا التصوير ثم إن النووي في « الروضة » قد عبر بقوله بأن أعنى بباء الجر الداخلة على أن التفسيرية المقتضية للحصر في هذا التصوير فليته مع ذلك عبر بكاف التشبيه كما عبر به الرافعي .

الأمر الثالث : أنه أراد بقبول الذمية دخولها بأمان ؛ فاعلمه .

قوله : ويشترط كونها أمينة فلا حضانة لفاسقة . انتهى .

سكت رحمه الله عن مستورة الحال فلم يصرح بحكمها ، وقد ذكر النووي في « فتاويه » أنه لابد من ثبوت أهلية الأم للحضانة عند القاضي إذا نازعها الأب أو غيرها من المستحقين ، لكن جزم الماوردي في « الحاوي» والروياني في « البحر » بالاكتفاء بالستر وأنه لا ينزع منها الولد إلا إذا ثبت فسقها . وهذا واضح .

وذكر النووي في باب الحجر ما يوافقه ، وقال من زوائده : وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتهما وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب والشاشي وآخرون ، وينبغي أن يكون الراجح الاكتفاء بالعدالة الظاهرة ، والله أعلم .

فإذا كان الراجح عنده هو الاكتفاء بذلك في التصرف في المال فبطريق الأولى في الحضانة لأن احتراز الآباء على ذات الطفل أشد من احترازهم على ماله بالاستقراء ؛فلزم من ذلك كله بطلان ما قاله النووي في « فتاويه» هنا .

---

(١) في جـ : وفور شفقتها.

وقد سبق الكلام في باب الحجر على طرف من هذه المسألة فراجعه.

قوله : فلو نكحت أجنبياً سقطت حضانتها لما سبق من الخبر ، وروي أنه ﷺ قال: « الأيم أحق بولدها ما لم تتزوج » [(١)] . انتهى .

وأشار بالخبر السابق لقوله عليه السلام : « أنت أحق به ما لم تنكحي»[(٢)]. إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن الحديثين لا دلالة فيهما على سقوط حضانتها ؛ إنما يدلان على عدم تقديمها ؛ وحينئذ فيحتمل السقوط كما قالوه ويحتمل التساوي حتى لا يقدم أحدهما إلا بقرعة أو تخيير من الطفل أو اجتهاد من الحاكم أو غير ذلك .

الأمر الثاني : أن ما أطلقه من سقوط حضانتها بالتزويج تستثنى منه مسألة ذكرها في آخر كتاب الخلع نقلاً عن فتاوى القاضي الحسين فقال : لو خالع زوجته بألف وحضانة الصغير سنة فتزوجت في أثناء السنة لم يكن له انتزاع الولد منها بتزوجها لأن الإجارة عقد لازم.

قوله : ونَصّ الشافعي - رضى الله عنه - على أن الجدة إذا تزوجت جد الطفل لا يبطل حقها من الحضانة ؛ وعلل بأنه ولى تام الشفقة قائم مقام الأب . انتهى.

وهذا التعليل يؤخذ منه تصوير ذلك بالجد أب الأب خاصة حتى لو

---

(١) أخرجه أحمد (٦٨٩٣) ، والدارقطني (٣ / ٣٠٤) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بسند حسن.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦) ، وأحمد (٦٧٠٧)، والحاكم (٢٨٣٠) والبيهقي في « الكبرى » (١٥٥٤١) ، والدارقطني (٣ / ٢٠٤)،وعبد الرزاق (١٢٥٩٦) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

وقال الهيثمي : رواه أحمد ورجاله ثقات .

قال الألباني : حسن .

تزوجت بأبي الأم بطل حقها وهو كذلك على ما صرح به النووي في «فتاويه» وفي « لغات التنبيه » وفي الجد أبى الأم وجه أن الحضانة لا تبطل أيضاً لأن له الحضانة في وجه ، وقد قال الرافعي : إن الأم متى تزوجت ممن له حق في الحضانة لا تسقط .

قوله : الثانية : إذا امتنعت الأم من الحضانة أو غابت انتقلت الحضانة إلى الجدة في أصح الوجهين كما لو ماتت أو جنت. والثاني : لا لولاية النكاح ، وذكروا على هذا أن الحضانة تكون للأب ونزلوه منزلة السلطان، وهو بعيد ، وحق التشبيه أن تكون للسلطان ، وبه قال ابن الحداد : والفرق على الأول أن التزويج ممكن من الغائب بخلاف الحضانة . انتهى ملخصاً.

وهذا الفرق إنما يستقيم في مسألة الغيبة ، والكلام في شيئين في الغيبة والامتناع وجزم في « النهاية » بأن الغيبة تنقل إلى الأبعد ، وحكى الوجهين في الامتناع وقاس وجه الانتقال في الامتناع على الغيبة ، وكلام الوسيط مشعر به أيضاً ، وكأن الفرق تعذر حضانتها مع الغيبة دون الامتناع ، فلما كانت حضانتها ممكنة في صورة الامتناع أمكن القول بالنيابة عنها بخلاف الغيبة ، وقد ذكر في « الروضة » في آخر المسألة كلاماً هو بعض ما سبق في أولها ؛ فاعلمه ، وفي الرافعي قريب منه أيضاً .

قوله : ولو نكحت عم الطفل فوجهان : أصحهما لا تبطل حضانتها لأن العم صاحب حق في الحضانة وشفقته تحمله على رعاية الطفل فيتعاونان على كفالته.

ثم قال بعد ذلك : وهذان الوجهان يطردان في كل من لها حضانة نكحت قريباً للطفل له حق في الحضانة .

بأن نكحت أمه ابن عم الطفل أو عم أبيه ، أو نكحت خالته عم

الطفل ، أو نكحت عمته خاله .

هكذا ذكره الشيخ أبو عليّ وغيره . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من أن الخال له حق في الحضانة تبعه عليه في الروضة ، والصحيح أن الخال وكل محرم ذكر غير وارث كالجد للأم لا حق له فيها كما ذكره بعد ذلك في الكلام على ترتيب المستحقين .

قوله : وإذا بلغت البكر فتقيم عند أبويها ، فإن افترقا فعند أحدهما . وهل تجبر على ذلك ؟ فيه خلاف ؛ ذهب العراقيون إلى أنها لا تجبر ، وقال الإمام والغزالي : الأظهر أنها تجبر ، وقال ابن كج : إنه ظاهر المذهب . ثم صرح الغزالي باختصاص هذه الولاية بالأب والجد كولاية الإجبار في النكاح ، وذكر البغوي في ثبوتها أيضاً للأخ والعم وجهين. انتهى .

أما الخلاف الأول فالفتوى منه على ما قاله العراقيون فقد نقله الماوردي عن نص الشافعي فقال : وأكره للجارية أن تعتزل أبويها حتى تتزوج ؛ لأن لا يسبق إليها ظن ولا تتوجه إليها تهمة إن لم تجبر على المقام معهما . وأما الخلاف الثاني فالأرجح منه كما قاله النووي : هو الثبوت .

قوله : وهذا إذا لم تكن تهمة ولم تزن بريبة ، فإن كان فللأب والجد ومن يلي تزويجها من العصبات منعها من الانفراد . انتهى .

تزن : بتاء مضمومة ثم زاي مفتوحة ثم نون مشددة، ومعناه: تذكر ، ومنه قول حسان مدح عائشة رضى الله عنها عقب قصة أهل الإفك من جملة قصيدة [١] :

حصان رزان ما تزن بريبة وتصبح غرثى من لحوم الغوافل

---

(١) وهي سبعة أبيات .

والحصان في البنت معناه : العفيفة ؛ يقال : حصنت المرأة حصناً بالضم فيهما فهي حصان بالفتح حاصن وحصناً .

والرزان بالفتح أيضاً هو الوقور بمعنى العقل والسكينة .

والغرثى : بالغين المعجمة هي الجائعة كناية عن عدم الغيبة إذ يعبر عنها بأكل اللحم .

قوله : ونقل في العدة عن الأصحاب أن الأمرد إذا خيف من انفراده فتنة وانقدحت تهمة منع من مفارقة الأبوين . انتهى .

قال في « الروضة » : الجد كالأبوين في حق الأمرد .

قال : وكذا ينبغي أن يكون الأخ والعم ونحوهما ؛ لاشتراك الجميع في المعنى .

قوله في أصل « الروضة » : فأما إذا صار الصبي مميزاً فيخير بين الأبوين إذا افترقا سواء كان ابناً أو بنتاً .

ثم قال : ويجرى التخيير بين الأم والجد عند عدم الأب ، ويجري أيضاً بينهما وبين من على حاشية النسب كالأخ والعم على الأصح، وقيل : تختص به الأم ، وفي ابن العم مع الأم هذان الوجهان إن كان الولد ذكراً ، فإن كان أنثى فالأم أحق بها قطعاً . انتهى كلامه .

وما ادعاه في آخر كلامه من عدم الخلاف ليس كذلك ، ولم يذكره الرافعي بل إنما نقله عن البغوي فاغتر النووي بنقله وسكوته ؛ فقد حكى جماعة الوجهين من غير تفصيل بين الذكر والأنثى ، واقتضى كلامهم التعميم وبه صرح الروياني في « البحر » فقال : وإذا لم يكن أب ولا جد فهل يخير الولد بين الأم وسائر العصبات ؟ فيه وجهان :

ثم قال ما نصه : وقيل : إن كان ابن عم لا تخير الجارية بينه وبين الأم؛ إذ لا يحل له الخلوة بها .

قال القفال : إلا أن تكون صغيرة لا يشتهى مثلها فحينئذ هي كالغلام ، وهذا غريب؛ هذا لفظه ، وجزم ابن الصباغ في « الشامل » بنحوه وقال: إنه إذا [كانت] [1] بنت سلمت إليها ، وهو حاصل كلام الشيخ في «التنبيه» أيضاً ؛ فإنه قال : فإن لم يكن له أب ولا جد وله عصبة غيرهما خير بين الأم وبينهم على ظاهر المذهب ، فإن كان العصبة ابن عم لم تسلم البنت إليه . هذا كلامه . ثم إن النووي أقره عليه في تصحيحه وزاد عليه ما يؤكده فقال : الصواب أن ابن العم تسلم إليه البنت الصغيرة التى لا تشتهى وإنه تسلم إليه المشتهاة أيضاً إذا كانت له بنت مميزة .

قوله نقلاً عن الروياني : ولو تدافع الأبوان كفالته وامتنعا منه فإن كان بعدهما من يستحق الحضانة كالجد والجدة خير بينهما ، وإلا فوجهان :

أحدهما : يخير الولد ويجبر من اختاره على كفالته ؛ فعلى هذا لو امتنعا من الحضانة قبل سن التمييز يقرع بينهما ويجبر من خرجت قرعته على حضانته . والثاني : يجبر عليها من تلزمه نفقته . انتهى .

والأصح هو الثاني . كذا صححه الرافعي بعد هذا بنحو ورقة في أول الفصل الثاني وبالغ الترجيح فعبر بقوله : ولا شك أنه الأصح ، وصححه أيضاً النووي من « زوائده » غير مستحضر لما ذكرناه من تصحيح الرافعي له هناك .

قوله :وأما الأنثى فلا تسلم إلى غير المحرم عند إرادة السفر .

قال في « التتمة » : إلا إذا لم تبلغ حداً تشتهى مثلها .

وفي الشامل أنه لو كانت له بنت ترافقه فتسلم إلى بنته . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

واعلم أن الرافعي قد ذكر بعد هـذا بنحو ثلاثة أوراق أن غير المحارم من العصبات الذكور كابن العم يستحق حضانة الأنثى على الصحيح .

ثم جزم بتسليم المشتهاة إذا كان له بنت ، وهو نظير مسألتنا ؛ فيكون الحكم فيها هو ما قاله في «الشامل» ولا يكون حكاية لوجه ضعيف.

نعم فيه كلام آخر .

قوله :الفرع الثاني : المنصوص أنه لا حضانة لكل جدة تسقط في الميراث وهي من تدلي بذكر بين أنثتين كأم أبي الأم وفي معني الجدة الساقطة كل محرم يدلي بذكر لا يرث كبنت ابن البنت وبنت العم .

ثم قال عقبه : الثالث الأنثى التي ليست بمحرم كبنتي الخال والخالة وبنتي العم والعمة في استحاقهن الحضانة وجهان : أظهرهم عند الغزالي أنها لا تستحق لأن الحضانة تحوج إلى معرفة بواطن الأمور فالأولى تخصيصها بالمحارم .

والثاني : وهو الأشبه بكلام غيره ، وهو الذي أورده الفوراني وصاحب « التهذيب » والروياني - : نعم ؛ لشفقتهن وهدايتهن بالأنوثة. انتهى .

وما أشعر به كلامه من ترجيح الاستحقاق قد تبعه عليه في « الروضة » وعبر بالأصح ، وهو مستقيم إلا في بنت الخال فإنها تدلي بذكر غير وارث وقد تقدم أن من كانت بهذه الصفة لا حضانة لها وإذا لم نثبتها لأم أبي الأم لهذا المعني مع وجود الولادة فيها فبطريق الأولى بنت الخال بخلاف بنت الخالة والعمة فإنها تدلي بأنثي وبخلاف بنت العم فإنها تدلي بذكر وارث

قوله : فرع : لبنت المجنون حضانته إذا لم يكن له أبوان ؛ ذكره ابن كج .

قال الروياني : ولو كان للمحضون زوجة كبيرة وكان له بها استمتاع

أو لها به استمتاع فهي أولى بكفالته من جميع الأقارب . وكذا لو كان للمحضونة زوج كبير وهناك استمتاع وإلا فالأقارب أولى ، فإن كانت قرابة له فهل ترجح تلك القرابة بالزوجية ؟ على وجهين: انتهى.

ذكر مثله في « الروضة » . وما نقلاه عن الروياني قد سبقه إليه الماوردي والراجح من الخلاف عدم الرجحان فسيأتي في نظيره ترجيحه من كلام « الروضة » وهو مقتضي القواعد أيضاً .

قوله : ولو كان القريب وارثاً غير محرم كابن العم فله الحضانة على الصحيح .

ثم إن كان الولد ذكراً أو أنثى لا تشتهي سلمت إليه ،وإن بلغت حدا تشتهي لم تسلم إليه لكن له أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة وتعطى أجرتها ، فإن كانت له بنت سلمت إليه . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » . وعبارة « المحرر » : ولا تسلم إليه مشتهاة بل إلى ثقة بعينها . انتهى .

وكلام « الشرح » و « الروضة » ليس فيه تقييد البنت بكونها ثقة ولابد منه كما شرطاه في الأجنبية وهو مقتضي كلام « المحرر » و « المنهاج » . ثم إن عبارتهما مختلفة في أن الثقة هي التى تتسلم أو هو الذى يتسلم ، والأصوب الأول ولكن بإذنه لأن الحضانة له ، فإن كانت مميزة غير بالغة فهو الذى يتسلم .

قوله : وفي ثبوت الحضانة للمعتق وجهان : أظهرهما: المنع لعدم القرابة التى هي مظنة الشفقة فعلى هذا لو كانت له قرابة وهناك من هو أقرب منه فهل يترجح لانضمام عصوبة القرابة إلى عصوبة الولاء ؟ وجهان حكاهما الروياني ؛ مثاله عم وعم أب معتق . انتهى .

والأصح كما قاله في « الروضة » من زوائده عدم الترجيح .

قوله : وهل يقدم بنو الأعمام على أعمام الأب والجد ؟

قال في « التتمة » : نعم ، ومنهم من يقتضي كلامه تأخرهم . انتهى .

والصحيح هو الأول ، وقد صححه النووي في أصل « الروضة » ولم ينبه على أنه من «زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قوله في أصل الروضة : وإذا لم يوجد مستحق للحضانة من الأجداد والجدات فثلاثة أوجه : أحدها : تقدم النساء . والثاني : العصبات . ثم قال : والثالث - وهو الأصح - : لا يرجح واحد من الفريقين بل يقدم الأقرب فالأقرب ، فإن استوى اثنان قدم الأنوثة .

ثم قال ما نصه : فعلى هذا يقدم بعد الآباء والأمهات الأخوة والأخوات ، وتقدم الأخوات على الإخوة ثم بعد الإخوة بنات الأخوات ثم بنو الأخوة ، وتقدم بنت الأخ على ابن الأخت اعتباراً بمن تحضن ، فإن فقدوا كلهم فالحضانة للخولة ثم العمومة ، وتقدم الخالات على الأخوال والعمات على الأعمام . انتهى موضع الحاجة من كلامه .

وهذا الذي ذكره من تقديم بنات الأخوة وبنات الأخوات على الخولة قد خالفه قبل ذلك في أوائل الضرب الأول فجزم بعكسه وهو تقديم الخالات على بنات الأخوات وبنات الأخوة وهو المذكور في « المحرر » و « المنهاج » و « الحاوي الصغير » وغيرهم ، والرافعي سالم من صريح التناقض ؛ فإنه في الشرحين نقل التصحيح المذكور في الموضع الثاني عن الروياني فقط لكنه أقره فاغتر النووي بذلك ؛ فاعلمه . واعتمد على الموضع الأول .

قوله : ولو كان من أهل الحضانة خنثي فهل يقدم على الذكر في

موضع لو كان أنثى لتقدم لاحتمال الأنوثة أم لا لعدم الحكم بها؟ وجهان انتهى.

والأصح كما قاله في « الروضة » من « زوائده » هو الثاني .

قوله : وإذا أخبر - أي : الخنثي - عن ذكورته أو أنوثته عمل بقوله في سقوط الحضانة ، وهل يعمل به في استحقاقها ؟ فيه وجهان حكاهما الروياني . انتهى.

هذه المسألة مذكورة في مواضع من هذا الكتاب واختلفت فيها كلام النووي خاصة ، وقد أوضحت ذلك في باب نواقض الوضوء فراجعه ، والذى صححه هنا من « زوائده » أنه يعمل به .

قال : وهو الجاري على قواعد المذهب .

قال رحمه الله : السبب الثالث للنفقة
ملك اليمين

قوله : وإذا كان له عبيد فالأولى التسوية بينهم في الإطعام والكسوة، وفيه وجه أنه يفضل النفيش على الخسيس .

وفي الجواري وجهان : أحدهما : التسوية كالعبيد ، وأظهرهما تفضيل ذوات الجمال والفراهة للعادة .

ثم قال في كلامه على لفظ «الوجيز» : وقوله في الكتاب : ولا يجب تفضيل النفيس في جنس الكسوة لفظ الوجوب لم يستعمله أكثر الأئمة.

ثم إن التفضيل لا يختص بالكسوة بل الطعام كالكسوة ، ولفظه يشعر بتخصيص التفضيل بالسرية لكن لفظ الشافعي وعامة الأصحاب أن ذات الجمال والفراهة تفضل ، ولم يفرقوا بين السرية وغيرها، بل صرح صاحب « التهذيب » بنفي الفرق .

انتهى . فيه أمور :

أحدها : أن الفراهة بالفاء هي الحذق والمعرفة ، قال الجوهري : الفاره: الحاذق بالشيء ، وقد فره بالفم يفره فهو فاره .

الأمر الثاني : أن كلامه يقتضي الإنكار على الغزالي في التعبير بالوجوب وفي تخصيصه بالكسوة وبالسرية وإنكار الثلاثة عجيب؛ أما الوجوب فقد صرح به إمام الحرمين فقال : ومنهم من فرق بين الجواري والعبيد .

وقال : العبيد يجوز التسوية بينهم ، وأما الجواري اللواتي تكن بمحل التسرى فيجب التفاوت بينهن . هذا كلام الأصحاب .

هذه عبارة الإمام بحروفه .

وأما التخصيص بالكسوة فقد صرح به إما الحرمين أيضاً والشيخ في

«المهذب» والعمراني في «البيان» وزاد العمراني فقال : كما لا يستحب تفضيلها بالطعام . وأما التفرقة بين السرية وغيرها فقد وقع أيضاً في «المهذب» و «التنبيه» و «البيان» وغيرها ؛ فإنهم عبروا بالسرية كما عبر به في «الوجيز» ، وقد اغتر في «الروضة» بما ذكره الرافعي فحذى في جميعه على ما قاله .

قوله :في الحديث : « إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم »[(١)]. انتهى .

الخول بالخاء المعجمة وواو مفتوحتين وهو مفرد يقع على العبد والأمة.

وقال الفَرَّاء : إنه جمع خاول وهو الراعي ، وقال غيره : هو مأخوذ من التخويل وهو التمليك حكاه الجوهري .

قوله : وروي أنه ﷺ قال : « إذا جاء أحدكم خادمه بطعامه قد كفاه حريمه وعميله فليقعده فليأكل معه وإلا فليناوله أكلة من الطعام »[(٢)] ، ويروى : « أنه إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليجلسه معه فإن أبي فلينزع له لقمة » [(٣)] .

والأكلة بالضم اللقمة ، وروعها إذا رواها دسماً ، وأشار الشافعي في ذلك إلى ثلاثة احتمالات :

أحدها : أنه يجب الترويغ والمناولة ، فإن أجلسه معه فهو أفضل .

وثانيها : أن الواجب أحدهما لا بعينه وأصحها :أنه لا يجب واحد منهما .

---

(١) أخرجه البخاري (٣٠) ، ومسلم (١٦٦١) من حديث أبي ذر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤١٨) ، ومسلم (١٦٦٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) أخرجه مسلم (١٦٦٣) ، وأبو داود (٣٨٤٦) ، والترمذي (١٨٥٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

ومنهم من نفي الخلاف في الوجوب وذكر قولين في أن الإجلاس أفضل أو هما متساويان ، والظاهر الأول ؛ ليتناول القدر االذى يشتهيه .انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على نقل الثلاثة هكذا صرح بأنها أقوال ، وقد يتوفق الناظر في تغايرها لأن حقيقة الأول التخيير ، والثاني كذلك ، والذي تحرر في المغايرة بعد اتحادهما في وجوب أحدهما أن الأول يقول بأفضلية الإجلاس والثاني يسوى بينهما ، وفي أول كلام الرافعي وآخره إشعار به ، ولما ذكر الغزالي في « الوسيط » هذه الثلاثة ذكر بدل الأول أنه يجب الترتيب ، والذي ذكره جيد يدفع الاعتراض .

الأمر الثاني : أن الشافعي لما ذكر هذه الثلاث ذكر ما حاصله أن الأول واجب ؛ فإنه قال في « المختصر » بعد ذكر الحديث : هذا عندنا - والله أعلم - على وجهين : أولاهما بمعناه أن إجلاسه معه أفضل ، فإن لم يفعل فليس بواجب أو يكون بالخيار بين أن يناوله أو يجلسه ، وقد يكون أمره إجبارياً عَبّر بالجيم .

هذه عبارته . فقد رجح الاحتمال الأول فقال : إنه أولى لمعنى الحديث، ومعنى الاحتمال الأول أن إجلاسه معه ليس بواجب ولكنه أفضل، فإن لم يفعل فيجب أن يطعمه منه ؛ إذ لو حمل ذلك على أنهما معاً غير واجبين لاتحد مع الاحتمال الثاني فظهر أن الراجح عند الشافعي هو الأول على خلاف ما رجحه الرافعي ، والحديث المذكور روي مسلم في صحيحه معناه .

قوله : ولو لم يكن ولد الأمة من السيد بل مملوكا له من زوج أو زنا فهو كولده، وإن كان الولد حرا فله طلب الأجرة على الإرضاع ولا يلزمه التبرع به . انتهى.

ذكر مثله في « الـروضة » وهو يوهم عدم منعها مـن رضاعه أو سكت عنه ، وصرح الماوردي بأن له المنع لأن إرضاعه على والده ، قال : وكذلك لو كان مملوكاً لغيره .

قوله في المسـألة : ولو رضي بأن ترضعـه مجاناً لم يـكن له الامتناع. انتهى.

وتعبيره بقوله (رضي) وبلفظ (له) قد عـبر به الرافعي أيضاً ، وليس فيه بيان من يعود الضميران عليه .

قوله في « الروضة » : لا يجوز للسيد أن يكلف رقيقة من العمل إلا ما يطيق الدوام عليه ؛ فـلا يجوز أن يكلفه عملاً يقـدر عليه يوماً ويومين ثم يعجز عنه .انتهى .

وهذا الذي ذكره عجيب غير مطابق لكلام الرافعي ؛ فإن مقتضاه أنه إذا عجـز عن حمل الشيء في يوم مثلاً لا يـجوز تكليفه إياه سـاعة ، وأنه إذا أطاق الحمل في يومين فـقط مثلا لا يجـوز تكليفه الحـمل فيهـما ، وليس كذلك ، والذي قاله الرافعي ما نصه : ولا يجوز للسيد أن يكلف رقيقه من العمل إلا ما يطيقه ولا يكلفه الأعـمال الشاقة إلا في بعض الأوقات ولا ما إذا قام به يوماً أو يومين عجز وضعف شهراً أو شهرين .

هذا لفظ الرافعي ، وهو صحـيح واضح ، ثم إن النووي ذكر بعد ذلك في العبد مثل ما ذكره هنا في البهيـمة فقال من « زوائده » : يحرم تحميلها ما لا تطيق الدوام عليه وإن كانت تطيقه يومـاً ونحوه كما سبق في الرقيق . هذه عبارته .

قوله : الثانيـة : إذا امتنع من الإنفاق على مملوكه بـاع الحاكم ماله في نفقـته ؛ وهل يبيع شـيئا فـشيئـا أم يستدين عليـه فإذا اجتـمع عليه شيء صالح باع ؟ فيه وجهان . انتهى.

والأصح كما قاله في « الروضة » من « زوائده » هو الثاني .

قوله : ويبقي للنحل شيئا من العسل في الكوارة ، فإن كان الإشبار في الشتاء وتعذر الخروج فينبغي أن يكون المتبقي أكثر . انتهى.

واعلم أن الكواري بلا ألف ولا تاء موضع الزنابير التي يخرج منها العسل ، والكوارة بضم الكاف وبالألف وبالتاء أيضاً في آخره هو العسل في الشمع ؛ كذا قاله الجوهري ؛ وحينئذ فالتعبير بالكور أقرب من التعبير بالكوارة . وأما الإشبار فهو بالشين المعجمة،وقد سبق الكلام عليه في طلاق المكره .

قوله : لكن يكره ترك سقي الزرع والأشجار عند الإمكان لما فيه من إضاعة المال . انتهى.

تابعه في « الروضة » على هذا الحكم والتعليل ، وما جزما به من أن إضاعة المال مكروهة قد خالفاها في مواضع صرحا فيها بأنها محرمة ؛ منها في الجنايات في الكلام على إلقاء المتاع في البحر لإشراف السفينة على الغرق ؛ وحينئذ فلا يجتمع ما ذكره من الحكم والتعليل بل إن ثبتت الإضاعة بطل القول بالكراهة ، وإن ثبتت الكراهة بطل القول بكونه إضاعة .

والصواب أن يقال: إن كان سبب الإضاعة ترك أعمال كمسألتنا فلا حرمة لأن الأعمال قد تشق عليه،وإن كان عكسه كإلقاء المال في البحر حرمت .

ويشهد له أيضاً بيع نصف معين من ثوب ينقص بالقطع فقد قالوا بتحريمه وبطلانه وعللوه بالإضاعة ، وقد ذهب الروياني في مسألتنا إلى التحريم ونقله عنه الرافعي في الباب الأول من كتاب الرهن في الكلام على ما إذا اتفق الراهن والمرتهن على ترك السقي إلا أنه صحح خلاف ما قاله .

كتاب الجراح

قوله : ويتعلق بالقتل المحرم وراء العقوبة الأخروية مؤاخذات في الدنيا : إحداها : القصاص : قال الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾(١) ، وقال تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾(٢) .

قال الأصحاب : هذا وإن كان خبراً عما في التوارة لكن شرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد ناسخ له على رأي الأصوليين ، وبتقدير أن لا يكون كذلك فإن ورد ما يقرره فهو شرع لنا لا محالة ، وقد روي أن الرُبيع بنت النضر عمة أنس بن مالك - رضى الله عنهما - كسرت ثنية جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص فقال أخوها أنس بن النضر : أتكسر ثنية الربيع لا والله .

فقال رسول الله ﷺ : « كتاب الله القصاص »(٣) . وليس في كتاب الله تعالى ذكر قصاص السّن إلا في هذه الآية .

والثانية : الدية .

والثالثة : الكفارة .

انتهى كلامه . فيه أمور :

أحدها :أن النووي في « الروضة » قد عدل عن تعبير الرافعي بالقتل المحرم ، وعبر بقوله : القتل الذى ليس بمباح ، وغرضه بذلك إدخال قتل الخطأ فإنه لا يدخل في المحرم ويدخل في غير المباح فإنه لا يوصف بحرمة

(١) البقرة : ١٧٩ .

(٢) المائدة : ٤٥ .

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٥٦) ، ومسلم (١٦٧٥) من حديث أنس رضي الله عنه .

ولا إباحة ، وفي كل من التعبيرين نظر .

الأمر الثاني : أن تعبير الرافعي يدل بظاهره على بقاء العقوبة في الآخرة وإن استوفي منه القصاص أو الدية ، وقـد تابعه في « الروضة » عليه ولكنه أجاب في « فتاويه » بخلافـه وقال : إن ظواهر الشرع تدل على السقوط ، وذكر مثله في « شرح مسلم » .

ودليله الحـديث الصـحيـح في مسلم : « مـن ارتكب شيـئـا من هذه القاذورات فعـوقب به كان كفارة له وإن لم يعاقب به فـأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء عفا عنه »(١) .

الأمـر الثـالث : أن الرفعي قـد أهمل ما يتعلق بالقتل في الدنيـا أيضاً التعزير وذلك في كل قتل أثم به وامتنع وجوب القصاص فيه ؛ وذلك كقتل السيـد عبده والوالد ولده كمـا نص عليه الشافـعي في « الأم » ، ومنه قتل المسلم للذمي والحر للعبد أو المبـعض ، ومنه عمد الخطأ وشريك المخطىء ، ونحو ذلك . ثم قد يكون إيجاب ذلك مع الضمان كما مثلناه ، وقد يكون بدونه كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم .

وإن قيل : كـيـف يجب التعزير في الصور السـابقة مع أن الكفارة فـيها تجب والقاعدة أن التعزير يجب في ما لا عقوبة فيه من حد أو كفارة ؟ .

فالجـواب : أن الكفارة في مـقابلة إعدام النفس وليـست في مقـابلة ما ارتكبـه من الإثم والتـعدي بدليل وجـوبهـا في قـتل الخطأ ، وإذا لم تكن الكفارة في مقابلة ذلك فـلابد له من شيء يقابله فيشرع العتـزير ؛ فافهم ما ذكرته فإنه دقيق .

الأمـــر الـرابع : أن مـا ذكره من أن قـول النبي ﷺ : « كتـاب الله القصاص »(٢) . تقرير لشرع من قبلنا كلام عجيب فإنه إخبار عما في كتاب

---

(١) أخرجه مسلم (١٧٠٩) من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه .

(٢) تقدم .

الله لا إنشاء حكم ، بل الجواب عند من لا يقول بأنه شرع لنا أن ذلك إشارة إلى آيات تدل عليها بالعموم لقوله تعالى :﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾(١) ، وقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ ... ﴾ (٣) الآية ، وهذه الآيات وإن [كان](٤) طريقها التخصيص إلا أن دلالتها باقية على ما لم يثبت تخصيصه .

والرُّبيِّع : براء مضمومة وبالياء المشددة المسكورة ، وحديثها ثابت في الصحيحين .

قوله : فلو جرحه بمحدد وجب القصاص . ثم قال : وهذا في الجراحات التى لها وقع وتأثير فإما أنه فلقة خفيفة من اللحم فهو كغرز الإبرة ، كذلك ذكره الإمام . انتهى .

والصحيح في غرز الإبرة أنه لا يجوب إلا بشروط ؛ فمقتضاه أن الجراحة الخفيفة لا توجب أيضاً لكنه جزم بالوجوب بعد هذا بأسطر قلائل وجعله دليلاً للوجه القائل في الإبرة أنه يجب مطلقاً فقال : أحدها : يجب كالجراحات الضغيرة بغير الإبرة .

هذا لفظة ، وقد ذكر المسألة في كتاب موجبات الضمان في الكلام على ضمان إتلاف الإمام في آخر مسألة الختان ، وحكي فيها وجهين من غير ترجيح فقال : قال السرخسي : ينبني على أن الجرح اليسير هل فيه قصاص؟ فيه وجهان .

قوله : فأما إبانة فلقة خفيفة من اللحم ... إلى آخره .

---

(١) سورة الشورى : ٤٠ .

(٢) سورة البقرة : ١٩٤ .

(٣) سورة النحل : ١٢٦ .

(٤) سقط من أ .

اعلم أن الرافعي قد ذكر في هذا الموضع ألفاظاً أخرى لابد من شرحها وهي الأخدع والعجان والضمان وجمع الكف والغرامة .

فأما الفلقة فيجوز أن تكون بفاء مسكورة وبالقاف بعد اللام ؛ تقول : فلقت الشيء أي : شققته فلقا بفتح الفاء وسكون اللام ، وسمي كل واحد من القطعتين فلقا بكسر القاف وسكون اللام وفلقة بالتاء أيضاً .

ويجوز أن تكون بضم القاف وسكون اللام مأخوذاً من الجلدة التي تقطع في الختان ؛ يقال : قلفها قلفًا أي : قطعها .

وأما القلفة بفتح القاف واللام فإنه موضع القطع كالقطعة في حق الأقطع .

وأما الأخدع فهو بالخاء المعجمة والدال المهملة .

قال الجوهري : إنه عرق منبعث من الوريد .

وفسره الرافعي بأنه عرق في الخاصرة والخاصرة والشاكلة والطفطفة بمعني واحد .

أما العجان : بكسر العين المهملة والجيم هو ما بين الدبر ، الأنثيين ، ويسمى العضرط بعين مفتوحة وضاد معجمة ساكنة وراء مفتوحة ثم طاء مهملتين وأما الضمن بفتح الضاد المعجمة وكسر الميم فهو التألم .

وأما الجمع فهو بجيم مضمومة وميم ساكنة فهو قبض الكف ، تقول أيضاً أخذت فلاناً بجمع ثيابه بضم الجيم .

والعرامة : بفتح العين وبالراء المهملتين والعارم والعرم هو الشرس من الصبيان أي : لا يمتثل ما يقال له ؛ يقال : صبي عارم من العوارم بالضم ، وقد عرم بالفتح يعرم ويعرم بالضم والكسر عرامة .

قوله : ولو منعه الشراب دون الطعام فلم يأكل المحبوس خوفاً من

العطش فمات فلا قصاص .

وحكي أبو الحسن العبادي عن القفال أنه يجب الضمان ، وعن غيره المنع لأنه المهلك لنفسه ، وهذا ما أورده صاحب « التهذيب » . انتهى .

والأصح على ما قاله النووي في أصل « الروضة » هو الثاني .

قوله في « الروضة » :ولو لم يوجره السم القاتل لكن أكره على شربه فشربه قال الداركي وغيره في وجوب القصاص قولان : أظهرهما الوجوب ، والوجه أن يكون هذا كإكراهه على قتل نفسه ، وسيأتي أنه لا قود على الصحيح . انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي - رحمه الله - لم يطلق التصحيح كما أطلقه في « الروضة » بل نقله عن « العدة » فقط ، ثم خالفه فقال : قال في « العدة» أصحهما الوجوب ، والوجه أن يكون كالكراهة على قتل نفسه .

هذا لفظه ، وهو تركيب واضح ، وحاصله مخالفه صاحب «العدة» .

وأما تعبير « الروضة » فمتدافع ويوهم أن المشهور هو الوجوب .

الأمر الثاني : أن ما ذكره الرافعي بحثاً من إلحاقه بالإكراه على قتل نفسه وتابعه عليه في الروضة صرح في الكفاية بنقله عن النهاية والتتمة وتعليق القاضي حسين .

قوله : ولو ناوله الطعام المسموم وقال : كله ، أو قدمه إليه وضيفه به فأكله ومات ، فإن كان صبياً أو مجنونا لزمه القصاص سواء قال لهما هو مسموم أم لا ، وذكروا مثله في الأعمى الذى يعتقد أنه لابد من الطاعة في كل ما يشار عليه به ، ولم يفرقوا بين الصبي المميز وغيره ولا نظروا إلى أن عمد الصبي عمد أم خطأ وللنظرين مجال . انتهى.

وما ادعاه من عدم التفرقة بين المميز وغيره قد تابعه عليه في « الروضة » وليس كذلك؛ فقد فرق بينهما ابن الصباغ في « الشامل » والمتولي في «التتمة » ، وهو مقتضى ما في « التهذيب » و « البيان » .

قوله : ولو قدمه لبالغ عاقل ولم يبين له حاله ففي القصاص قولان مرويان عن الأم ؛ قياس ما سبق منهما عدم وجوبه .

ثم قال : وطرد في « التهذيب » القولين فيما إذا قال : كل وفيه شيء من السم لا يضر ، وفيما إذا جعل السم في دَنّ ما على الطريق فشرب منه إنسان ومات ، وليكن الفرض فيما إذا كان طريق شخص معين إما مطلقا أو في ذلك الوقت ، وإلا لم يتحقق العمد به .

انتهى كلامه . فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن البغوي من إجراء القولين في هذه الحالة وأقره قد تابعه عليه في « الروضة » ، وهو مردود مخالف لما قاله الشافعي ؛ فإن الشافعي في « الأم » لما نص على القولين ذكر هذه المسألة ولم يخرجها عليها بل جزم بأنه لا شيء فقال : ولو قال له : في هذا سم ولا يتلف صاحبه ، أو يتلفه ، أو قل ما يتلف به ، فشربه فمات لم يكن على الذى خلطه له ولا أعطاه إياه عقل ولا قود .

هذا لفظ الشافعي بحروفه .

وصرح الماوردي في « الحاوي » أيضاً بأنه لا شيء جزماً .

الأمر الثاني : أن ما جزم به الرافعي من أن العمدية تعمد تعيين الشخص قد اختلف فيه كلام « الروضة » فجزم هنا به ، وكذلك في الباب الرابع المعقود لموجب الدية في المسألة الثامنة من الطرف الرابع وخالف الموضعين المذكورين قبيل كتاب الديات فرجح من « زوائده » وجوب

القصاص ، وسوف أذكر لفظ الموضعين في محلهما .

قوله : ولو ألقاه في ماء لا يعد مغرقاً بأن كان واقفاً في موضع منبسط فاضطجع فيه حتى هلك فلا قصاص ولا دية . انتهى .

وتقييد الماء بالواقف تبعه عليه أيضاً في « الروضة » وعَبّر بالراكد ، ولا حاجة إليه ، والصواب حذفه كما حذفه من « المحرر » .

قوله : سقاه سماً موحياً .

ثم قال : ويجوز نزف الدم ونزف إذا جرح ، ويقال : دهش دهشاً إذا تحير ودهش على ما لم يسم فاعله . انتهى .

فأما موحياً فهو بتشديد الحاء المهملة أي : مسرعاً ؛ يقال وحاه - بالتشديد - يوحيه إذا عجله وأسرع به ، وهو موت وحيّ بتشديد الياء أي : سريع .

وأما نزف فيتلخص فيه من كلام الجوهري أنه يجوز فيه بناؤه للمفعول ، ويجوز أيضاً بناؤه للفاعل مع فتح الزاي وكسرها ؛ وحينئذ فلك أن تحمل الوجهين في كلام الرافعي على ما شئت من هذه الثلاثة وأما دهش المذكور أولاً فإنه بكسر الهاء والمصدر بالفتح ومعناه التحير .

قوله :فرع : قال الملقي : كان يمكنه الخروج مما ألقيته فيه من الماء أو النار فقصر وقال الولي : لم يمكنه فهل يصدق الملقي لأن الأصل براءة ذمته أو الولي لأن الظاهر أنه لو أمكنه الخروج لخرج ؟

فيه وجهان ، ويقال قولان : انتهى.

والراجح منهما - كما قاله في «الروضة» من «زوائده» - تصديق الولي.

قوله: ويعزر الممسك للقاتل ؛ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال :

« يقتل القاتل ويصبر الصابر » (١) **، قيل : معناه : أنه يحبس تعزيراً .** انتهى .

اعلم أن الصبر هو الحبس ؛ يقول : صبر يصبر - بكسر الباء في المضارع ، وصبرته أنا - أي : حبسته ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَاصْبِرْ نَفْسَكَ مَعَ الَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُم ﴾ (٢) الآية . كذا ذكره الجوهري .

ثم ذكر بعده الحديث المذكور فقال : وفي حديث النبي ﷺ - في رجل أمسك رجلاً وقتله آخر قال : « اقتلوا القاتل واصبروا الصابر » أي : احبسوا الذي حبسه للموت حتى يموت .

هذا لفظ الجوهري ، والفقهاء ينازعون في حبسه للموت كما تعرفه في التعزير . والحديث المذكور [ ] (٣) .

قوله : ولو أمسك محرم صيداً فقتله محرم آخر فقرار الضمان على القاتل ، وتتوجه المطالبة على الممسك . انتهى .

هذه المسألة ذكرها الرافعي في ثلاثة مواضع من كتابه واختلف فيها كلامه وكذلك كلام « الروضة » أيضاً ، وقد بسطت ذلك في محظورات الإحرام فراجعه .

قوله : فإن لم نوجب القصاص على المكره - بفتح الراء - لزمه

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٠) ، وعبد الرزاق (١٧٨٩٢) ، وابن أبي شيبة (٥/ ٤٣٩) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٥٨٠٩) من حديث إسماعيل بن أمية مرسلاً .

قال الدارقطنى :الإرسال فيه أكثر .

وقال البيهقي : إنه موصول غير محفوظ .

وقال ابن القطان : هو عندي صحيح .

(٢) الكهف : ٢٨ .

(٣) بياض بالأصل .

نصف الدية على الأصح ، ولكن هل تكون في ماله أم على عاقلته ؟ فيه تردد للإمام . انتهى .

فإن في « الروضة » : الأرجح أنه في ماله .

قوله : في «الرقم » إن بعض النظار طابق في تصوير إكراه الذمى المسلم، وقال : إنه إذا أكرهه انتقض عهده وصار حربياً . انتهى كلامه .

ومراده أنه إذا صار حربياً فلا قصاص عليه كسائر الحربيين .

وما قاله غريب لأن الذى صححه الرافعي وتبعه عليه في « الروضة » أنه لا ينتقض العهد إلا إذا شرط ذلك عليهم وشرط عليهم النقض به أيضاً.

ولو سَلَّمْنَا انتقاض العهد به فالتفريع على إلحاق الإكراه بمباشرة القتل ، والذمى إذا قتل ونقضنا عهده بذلك قتلناه قصاصاً فكذلك إذا أكره .

قوله : ولو أكره إنساناً على أن يرمي إلى طلل غرفة المكره إنساناً وظنه المكره جرثومة، أو أن يرمى إلى ستر وراءه إنسان وعرف المكره ذلك دون المكره فقد ذكر الإمام الغزالي في أن وجوب القصاص على المكره وجهين كالوجهين فيما إذا أكره صبياً على القتل وجعلنا عمد الصبي خطأ ، ومال صاحب « التهذيب » إلى القطع بوجوب القصاص. انتهى ملخصاً .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، والذى ألحقه الإمام والغزالي به وهو ما إذا أكره صبيا وجعلنا عمده خطأ قد ذكر الرافعي فيه طريقين : أصحهما : القطع بعدم الوجوب .

والثاني : فيه وجهان :

إذا علمت ذلك ظهر لك أنه لا ترجيح في مسألتنا بالكلية ، أو أن الراجح عدم الوجوب ؛ فإنه نقل عن اثنين ما يقتضيه ، ونقل الوجوب عن

واحد ، وقد صحح النووي في « الروضة » أنه يجب ، ولم ينبه على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن لذلك .

والطلل بفتح الطاء المهملة ما شخص من آثار الدار ، والجمع : أطلال وطلول . والجرثومة أصل الشيء ، ويقال : تجرثم الشيء واجرثم أي : اجتمع .

وقول الرافعي إلى ستر وراءه [ ](١) على قتل نفسه بأن قال : اقتل نفسك وإلا قتلتك ، ففي وجوب القصاص على المكره من يتخلص بما أمر به عما هو أشد عليه ولا يتخلص بقتل نفسه عن القتل . انتهى .

استثنى في « الشرح الصغير » ما إذا أكرهه بشيء فيه تعذيب قال : فيشبه أن يكون إكراهاً ؛ أي : حتى يجب القصاص لغيره .

قوله في المسألة : فإن قلنا : يجب القصاص عليه ، فلو فرض العفو وجب كمال الدية . انتهى.

وما ذكره من إيجاب الدية كلها لا يستقيم إلا إذا قلنا : إن المكره - بفتح الراء - في غير هذه الصورة لا ضمان عليه .

أما إذا قلنا بالصحيح وهو : أنه يضمن نصف الدية والنصف الآخر على المكره فكذلك أيضاً هنا ، وقد صرح بذلك البغوي في « التهذيب » وحكاه في « المطلب » عنه واقتصر عليه ، ثم قال : ووقع في الرافعي هنا سهو تبعته عليه في « الكفاية » ، والحق ما ذكرته هاهنا .

قوله في المسألة: وإن قلنا : لا يجب ، فعليه نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكره ، وجميعه إن لم نوجبه . انتهى.

وما ذكره من الإيجاب على المكره - يعني الآمر - تفريعاً على عدم القصاص لا يستقيم ؛ لأنا إنما أسقطنا القصاص لانتفاء الإكراه كما تقدم،

---

(١) بياض بالأصل .

وإذا انتفي لزم أن لا يجب عليه شيء أصلاً لا نصف الدية ولا كلها ، والمسألة مذكورة في « التهذيب » على الصواب فلما نقلها الرافعي منه جعل تفريع أحد القولين للآخر فوقع في الوهمين معاً .

قوله في أصل « الروضة » : ولو قال : اقطع يدي ،فقطعها فلا قصاص ولا دية قطعاً . انتهى.

والذي ادعاه من عدم الخلاف محله إذا لم يمت ، فإن مات من القطع ففيه الخلاف فيما إذا قال : اقتلني ؛ والأصح فيه عدم الوجوب أيضاً ؛ كذا ذكره قبيل كتاب الضمان .

قوله : ولو قال : اقذفني وإلا قتلتك فقذفه ففي وجه : لا حد عليه كما لو قال : اقطع يدى فقطعه .

قال في التهذيب : والصحيح وجوبه بخلاف القصاص ؛ لأنه قد يستعين بغيره في قتل نفسه أو قطعه ولا يستعان بالغير في القذف فيجعل القاذف مبتدئاً .

انتهى كلامه. فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي قد صحح في موضعين من « الكتاب » عدم الوجوب ونقله عن الأكثرين علي خلاف هذا التصحيح الذى نقله هنا وأقره: أحدهما في آخر الباب الأول من أبواب اللعان ، وثانيهما في حد القذف ، ثم إنه فرض المسألة في الموضعين المذكورين في الإذن المجرد عن الإكراه فما ظنك مع الإكراه كما فرضه هنا .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن البغوي من تصحيح ذلك مع الإكراه تبعه على نقله عنه في « الروضة » أيضاً ، وهو غلط ؛ فإنه إنما صحح ذلك في الأمر المجرد فقال :ولو قال لآخر : اقذفني فقذفه، فقد قيل لا حد عليه لأن الحق له كما لو قطع يده بإذنه لا قود عليه ، والصحيح أنه يجب . .

إلى آخر ما ذكر .

هذا لفظه ؛ فتلخص أنه لا حد في هذه المسألة بلا خلاف على خلاف ما توهمه الرافعي وأنه يباح له ذلك بلا خلاف أيضاً كما أشعر به كلامهم، بل في وجوبه نظر ، وتوهم النووي صحة هذا النقل عن البغوي فقال : هذا الذي قاله البغوي عجيب ، والصواب أنه لا حد .

هذا لفظه من غير زيادة عليه ؛ فتوهم صحة نقل الخلاف ولم يستحضر أيضاً ما سبق في اللعان ولا ما سيأتي في حد القذف .

قوله[1] : ولو قال : اقتل زيداً أو عمرواً وإلا قتلتك ، فهذا تخيير لا إكراه ، وقد سبق نظيره فيما إذا قال : طلق إحدي زوجتيك .

ثم قال : وفي « الرقم » نقل وجه أنه يكون إكراهاً ، وفي « التتمة » نسبته إلى القاضي حسين ، ويجيء مثله في الطلاق . انتهى.

تابعه في « الروضة » عليه وفيه أمران :

أحدهما : أنه يشعر بأنه لم يستحضر في الطلاق خلافاً ؛ ولهذا أشار إلى تخريجه من هذه المسألة ، وهو غريب ؛ فقد صرح هو بحكايته هناك نقلاً عن صاحب « التتمة » كما حكاه عنه هنا .

الأمر الثاني : أن الوجه القائل هنا بأنه إكراه لا يلزم طرده في الطلاق لأنه يمكنه هناك أن يأتي بما أكره عليه وهو أن يقول : إحداهما طالق ، فإن أراد الرافعي جريان الخلاف في هذه الصورة فباطل ؛ إذ لا يقع جزماً في هذه الحالة كما أوضحوه في بابه لأنه أتي بنفس ما أكره عليه ، وإن أراد جريان الخلاف فيما إذا عين المطلقة فالفرق واضح ؛ لأن القتل لا يكون إلا في معين بخلاف الطلاق ، فإذا عدل إلى التعيين أشعر بالاختيار .

---

(١) انظر : « الروضة » (٩ / ١٣٨) .

قوله : ولو أمر عبداً صغيراً لا تمييز له أو مجنوناً ضارياً أو أعجمياً يرى طاعة السيد لازمه في كل ما يأمر به فالقصاص أو الدية على السيد، وفي تعلق المال برقبة العبد وجهان : أصحهما المنع لأنه كالآلة فأشبه إغراء البهيمة الضارية . ثم قال : ولو قتل مثل هذا الصبى أو المجنون أو أتلفا مالاً من غير حث من أحد فهل يتعلق الضمان بمالهما ؟ عن الشيخ أبي محمد تخريجه على الخلاف المذكور في التعلق برقبة العبد لأنه يشبه إتلاف البهيمة العادية . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه في إتلافهما من غير حث قد تابعه في «الروضة» عليه ؛ ومقتضاه أن الراجح في هذه المسألة أنه لا شيء في مال هذا الصبي ولا في مال المجنون ، وهو مردود مخالف لما سبق في كتاب الرضاع أن الصبى إذا دب وارتضع وانفسخ النكاح وجب عليه الغرم ، ومخالف أيضاً لما سيأتي بعد ذلك بدون كراستين في الكلام على شريك السبع .

قوله : وكذا لا يباح الزنا بالإكراه . انتهى .

ومقتضى إطلاقه أنه لا فرق في عدم إباحته بين الرجل والمرأة ، وهو كذلك ؛ فقد صرح به الرافعي في كتاب الجهاد .

قوله : ويباح بالإكراه التلفظ بكلمة الكفر ولكن لا يجب ذلك في أصح الوجهين ؛ روي أنه ﷺ قال : « كان الرجل فيمن كان قبلكم يحفر له في الأرض فيجعل فيه فيجاء بالمنشار فيوضع على رأسه فينشر اثنين وما يصده عن دينه ويمشط بأمشاط الحديد ما دون لحمه من عظم وعصب وما يصده ذلك عن دينه » [(١)] . انتهى .

---

(١) أخرجه البخاري(٣٤١٦) من حديث خباب بن الأرت رضي الله عنه .

واعلم أنه قد تلخص من كلام الجوهري في مادة أشر ونشر ووشر أن في لفظه المنشار لغات فينطق بها بعد الميم إما بالنون أو بالهمز أو بالياء فإنه يقال : نشرت الخشبة بالنون ، وأشرتها بالهمز ، ووشرتها بالواو ؛ وحينئذ فإذا ثبتت من ذوات الواو مفعالاً لزم قلب الواو ياء لوقوعها بعد كسرة كما في الميقات والميزان ، وإذا ثبتت من المهوز جاز التسهيل أيضاً .

قوله : وهل يجب شرب الخمر عند الإكراه ؟ في « الوسيط » أنه على وجهين مرتبين على الوجهين في كلمة الردة وهو أولى بمنع الوجوب . انتهى .

وهذا النقل عن « الوسيط » قد ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وليس كذلك فإن الذي قاله في « الوسيط » : وفي وجوبه خلاف مرتب على الردة وأولى بالوجوب . هذه عبارته .

وقد اغتر في « الروضة » بكلام الرافعي فأطلق تصحيح عدم وجوبه .

قوله : إذا أنهشه حية أو ألدغه عقربا بأن ضبطها وأدناها منه فقتلته نظر إن كانت تقتل غالباً كأفاعي مكة وثعابين مصر وعقارب نصيبين وجب القصاص ، وإن كانت مما لا يقتل غالباً فقولان : أصحهما عند صاحب « التهذيب » والروياني وغيرهما أنه شبه عمد .

والثاني : أنه يتعلق به القصاص ، وهو ما أورده الإمام وصاحب «الكتاب » . انتهى .

وما نقله عن الإمام والغزالي من الوجوب عجيب ؛ فإنهما صرحا بأنه كغرز الإبرة ؛ كذا في « النهاية » و « البسيط » و « الوسيط » وقد فصلا في

الإبرة وحكيا خلافاً من غير ترجيح فيما إذا لم تقتل غالباً .

قوله: وإن أرسل عليه سبعاً أو أغري به كلباً عقوراً في موضع واسع كالخضراء فقتله أو طرحه في مسبعة أو بين يدى سبع في الصحراء مكتوفاً أو غير مكتوف فقتله فلا قصاص ولا ضمان سواء كان المطروح صغيراً أو كبيراً لأنه لم يلجئه إلى قتله ، والذى وجد منه ليس بمهلك ، وهو كالممسك مع القاتل . انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم الوجوب في إغراء الكلب ونحوه لا يجتمع مع ما قاله قبل ذلك فيما إذا أغرى به مجنوناً ضاريا أو عبداً أعجميا يعتقد أن طاعة سيده واجبة فإنه قد جزم فيه بوجوب القصاص ، والإيجاب هو الصواب ؛ فقد جعل الشارع قتل الكلب للصيد بالإغراء نازلاً منزلة قتل الغري .

وأما استدلاله بأنه ليس بمهلك فإن أراد أنه ليس بمباشر فمسلم ، وإن أراد أنه ليس سبباً فليس كذلك بل هو سبب ملجئ عرفاً بلا شك ، وقياسه على الممسك مع القاتل لا يستقيم لأن العاقل له رؤية بخلاف ما نحن فيه، وبالجملة فما الذى يقوله في الفرق بين إغراء المجنون وبين الكلب ونحوه .

قوله : ولو ربط في دهليز داره كلباً عقوراً ودعى إليه غيره فافترسه الكلب فلا قصاص ولا ضمان ولم يجعل على الخلاف الذى سبق في حفر البئر في الدهليز وتغطية رأسها لأن الكلب يفترس باختياره ، ولأنه ظاهر يمكن دفعه بالعصا والسلاح . انتهى كلامه.

وهذا الذي ذكره من عدم الضمان وبقية الخلاف غريب ؛ فقد حكى الخلاف فيه في كتاب ضمان البهائم، واقتضى كلامه أن الأصح هو الوجوب، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى ، ووقع الموضعان

كذلك في « الروضة » (١) .

قوله :والمريض المشرف على الوفاة إذا قتل وجب القصاص على قاتله .

قال القاضي الروياني وغيره : وإن انتهى إلى حالة النزع وصار عيشه عيش المذبوحين .

ولفظ الإمام : أن المريض لو انتهى إلى سكرات الموت وبدت أماراته وتغيرت الأنفاس في الشراسيف فلا يحكم له بالموت بخلاف المقدود لأن موته غير مقطوع به ، وأيضاً فإن المريض لم يسبق فيه فعل يحال القتل عليه .

نعم لو أصاب الحشوة خرق أو قطع وكان يتيقن موته بعد يوم أو يومين وجب القصاص بقتله . انتهى .

وما ذكره ها هنا من أن المريض لا يقطع بموته وإن انتهى إلى حالة النزع وأن حكمه كحكم الأحياء قد ذكر ما يناقضه أو يقيده في الباب الأول من أبواب الوصية في الكلام على المرض المخوف، وكذلك النووي من « زوائده» في الفرائض في الكلام على ميراث الحمل ، وقد سبق لفظ كل من الموضعين في بابه مع زيادة أخرى في الفرائض ينبغي معرفتها ، وذكر مثل ما ذكر هاهنا في العاقلة وفي باب الأضحية .

والشراسيف جمع شرسوف بشين معجمة مضمومة ثم راء مهملة ساكنة بعدها سين مهملة ثم فاء ، وهو ما أشرف على البطن من أطراف الأضلاع، ويقال : عظام لينة معلقة بكل ضلع .

قوله : إحداها : إذا قتل شخصاً على ظن أنه كافر بأن كان عليه زي

---

(١) الروضة (٩ / ٣١٧) .

الكفار أو رآه يعظم آلهتهم فبان أنه كان مسلماً ؛ نظر : إن كان في دار الحرب وجبت الكفارة ولا يجب القصاص وكذا الدية في أصح القولين، وإن كان في دار الإسلام وجبت الدية والكفارة ، وفي القصاص قولان رجح منهما الوجوب . انتهى ملخصاً .

واعلم أن الرافعي - رحمه الله - قد اعتمد في كتاب الردة في تفصيل ما يكون ردة وما لا يكون على كلام نقله عن الحنفية ، وقد نقل ما يقتضي أن التزيي بزي الكفار يكون رده على الصحيح عندهم وأقره ، لكن استدرك عليه في « الروضة » ورجح خلافه كما ستعرفه هناك .

وأما ما ذكره هنا في التعظيم فقد تابعه عليه في « الروضة » ولم ينقله عن البغوي بل أطلق القول به وهو عجيب لا سيما إطلاقه ، وقد ذكر في باب الردة أن تعظيم الأصنام بالسجود لها والذبح ردة ، والظاهر أنه على سبيل المثال .

قوله :ويشترط لوجوب القصاص كون القتيل معصوماً إما بالإسلام أو بعقد الجزية أو بالعهد والأمان . انتهى.

تابعه في « الروضة » على حصر العصمة في هذه الثلاث ، ويرد عليه صرف الرق على كتابي بلا خلاف وكذا على وثني ونحوه على المذهب .

قوله : والزاني المحصن إذا قتله ذمي يلزمه القصاص ، وإن قتله مسلم فوجهان :

أحدهما : يجب القصاص لأن الرجم إلى الإمام .

والثاني : المنع لأنه مباح الدم كالمرتد ، وهذا هو الظاهر على ما اختاره الإمام ورواه عن المراوزة ويعزي إلى النص . انتهى ملخصاً .

فيه أمور :

أحدها : ما قاله القاضي أبو الطيب في « تعليقه » ونبّه عليه في «الروضة » أن الخلاف قبل أن يأمر الإمام بقتله ، فإن كان بعد الأمر به فلا قصاص قطعاً .

الأمر الثاني : أن مقتضي إطلاق الرافعي أنه لا فرق في عدم الوجوب بين أن يثبت زناه بالبينة أم بالإقرار وهو المذكور في أوائل حد الزنا ، ومقتضي إطلاقه أيضاً في كتاب الأطعمة في الكلام على المضطر .

وقد وافق النووي في « الروضة » على هذه المواضع كلها ثم خالف في « تصحيح التنبيه » فصحح وجوب القصاص إذا ثبت بالإقرار ، وذكر ابن يونس شارح « التنبيه » أنه لا قصاص ، قال : ولكن تجب الدية .

الأمر الثالث : أن تعليل السقوط هنا بكونه مباح الدم يقتضي الجزم بوجوب القصاص إذا وقع القتل بعد الرجوع بل لا يخطر للناظر في هذا المكان غيره لكن نقل الرافعي في أوائل حد الزنا في ذلك وجهين ونقل أن الصحيح عدم الوجوب فتفطن له ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه .

وبالجملة فقد نص الشافعي - رحمه الله - في « الأم » على المسألة وصرح بأنه لا شيء على القاتل فقال في باب الرجل يقتل الرجل فيعدو عليه أجنبي فيقتله ما نصه : وهذا يخالف الرجل يقضي عليه الإمام بالرجم في الزنا فيقتله الإمام أو أجنبي هذا لا شيء على قاتله لأنه لا يحل حقن دم هذا أبداً حتى يرجع عن الإقرار بكلام إن كان قضى عليه بإقراره ويرجع الشهود عن الشهادة إن كان قضى عليه بشهادة شهود .

هذا لفظ الشافعي بحروفه ،ومن الأم نقلته ، وهو صريح في بطلان ما قاله النووي في « تصحيح التنبيه » وظاهر في دفع ما نقله هو والرافعي بعد الرجوع في أوائل حد الزنا .

قوله : ولو قتل عبد مسلم عبداً مسلماً لكافر هل يثبت القصاص ؟ وجهان : أحدهما : لا ؛ لئلا يثبت القصاص ابتداء لكافر على مسلم .

وأظهرهما يجب ؛ لأن العبدين متكافئان والسيد كالوارث .

ولو مات ولى القتيل الذمى وقد طرأ إسلام القاتل بعد القتل ثبت القصاص لوارثه.

وللخلاف نظر إلى أن القصاص يثبت للوارث أو تلقياً .انتهى كلامه .

وفي صورة موت الولى وجه أنه لا يثبت ؛ حكاه في «النهاية» و«البسيط» وإليه أشار في « الوسيط » بقوله : المذهب ، والتخريج الذى أشار إليه الرافعي على ثبوته ابتداء أو تليقاً صرح به القفال في فتاويه ، وتعبير الرافعي بقوله : « ولو مات ولى القتيل » ذكره استشهادا على حكم الوارث المشبه به وعبر في « الروضة » بقوله : كما لو مات . وهو سهو .

قوله : ولو قتل عبد كافر عبداً كافراً لمسلم فعن القاضي الحسين فيه احتمالان . انتهى لفظ الرافعي بحروفه .

وذكر في « الروضة » مثله أيضاً وقال : والراجح ثبوت القصاص .

وهذه المسألة لا يتصور مجيء الاحتمالين فيها بل يجب القصاص جزماً سواء كان العبد المذكور أولاً مرفوعا على الفاعلية أو مضافاً إلى الكافر فإن العبدين متكافئان وكون سيد المقتول مسلماً لا ينقصه عن القاتل إن لم يزده شرفاً ، وبالجملة فهذا النقل إنما هو عن القاضي الحسين ،وقد راجعت النسختين المختلفتين من تعليقته فوجدته قد حكى وجهين فيما إذا قتل عبد مسلم لمسلم أو كافر عبداً مسلما لكافر ، والخلاف هنا واضح إلا أنه سبق ذكره في كلام الرافعي قبيل هذه المسألة فامتنعت إرادته منه . نعم تشبيه الرافعي السيد بالوارث مع القاعدة المعروفة وهي أن المسلم لا يرث الكافر يقتضي أن القصاص لا يجب في المسألة المذكورة ، فتأمله .

قوله :الثانية : لا قصاص على المسلم بقتله المرتد ، ولو قتل مرتد مرتداً ففي وجوب القصاص عليه وجهان : الصحيح منهما الوجوب . انتهى .

وما ذكره من حكاية الخلاف وجهين قد حالفه في « المحرر» فجزم بأنه قولان ، ووقع هذا الاختلاف أيضاً بين « الروضة » و « المنهاج » ، ولم يجزم في « الشرح الصغير » بشيء ؛ فإنه قال : ففي وجوب القصاص عليه قولان أو وجهان . هذا لفظه .

قوله : ولو قتل ذمى مرتداً ففي وجوب القصاص قولان أو وجهان : أصحهما المنع لأنه مباح الدم . انتهى .

وهذا الخلاف الذى تردد فيه الرافعي هو قولان ؛ كذا جزم به في أصل « الروضة » .

قوله : ولو قتل مسلم حر من لا يعلم أنه مسلم أو كافر، أو من لا يعلم أنه حر أو عبد فلا قصاص للشبهة قاله في «البحر». انتهى.

وما نقله عن « البحر » وأقره قد تابعه عليه في « الروضة » أيضاً لكنهما قد صححا في اللقيط وجوب القصاص بقتله قبل البلوغ وعللوه بأن الدار دار حرية وإسلام والمقتول في مسألتنا نظيره ، وذكر الرافعي بعد ذلك في أوائل الكلام على اختلاف الجاني ومستحق الدم مثله أيضاً فقال : ولو قتل إنساناً وادعي رقه وأنه ليس عليه إلا القيمة وقال قريبه : بل كان حراً فالمنصوص - وهو الأظهر - تصديق القريب لأن الغالب والظاهر الحرية ، وكذلك يحكم بجزية اللقيط المجهول الحال . هذا كلامه ، وذكر مثله في «الروضة » أيضاً .

قوله : وحكى القاض ابن كج أنه لو حكم حاكم بقتل حر بعبد لم ينتقضى حكمه ، وأنه لو حكم بقتل مسلم بذمي ينتقضى حكمه . قال :

ويحتمل ألا ينتقض أيضاً وهو الوجه . انتهى كلامه .

والراجح في المسألة الثانية على ما ذكره الرافعي في كتاب الأقضية في جامع آداب القضاء أنه لا ينتقض ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى لغرض آخر يتعلق به .

قوله : ومن بعضه حر وبعضه رقيق إذا قتل مبعضاً نظر إن كان قدر الجزية في القاتل أكثر فلا قصاص وإن استوى القدران أو زادت جزية المقتول فوجهان : أشهرهما عند المتقدمين وجوب القصاص ، وأصحهما عند المتأخرين لا قصاص لأنه لا يقتل بجزء الحرية جزء الحرية وبجزء الرق جزء الرق بل يقتل جميعه بجميعه . انتهى ملخصاً.

وذكره مثله في « الشرح الصغير » و « الروضة » ، والصحيح عدم القصاص ؛ كذا صححه الرافعي في « المحرر » والنووي في « المنهاج ».

قوله :الثالثة : لو قتل المكاتب أباه وهو في ملكه ففي القصاص وجهان : أشبههما المنع لأنه مملوكه والسيد لا يقتل بعبده .

والثاني: ويحكى عن إشارة النص أنه يجب لأن أباه إذا دخل في ملكه يكاتب عليه ويثبت له حق الحرية كما ثبت للمكاتب .

ولو قتل عبداً له غير أبيه فلا قصاص ، وقيل : وجهان : انتهى كلامه .

وما ذكره من ترجيح عدم وجوب القصاص في قتل أبيه قد خالفه في «الشرح الصغير » فقال : فيه وجهان : أحدهما المنع لأنه مملوكه والسيد لا يقتل بعبده، وأقواهما : الوجوب؛ لأن أباه . . . إلى آخر التعليل السابق.

وعبر في « الروضة » بالأصح عوضاً عن الأشبه ، ولا ذكر للمسألة في « المحرر » ولا في « المنهاج » .

قوله في المسألة من « زوائده » : قلت : إذا أوجبنا القصاص استوفاه

سيد المكاتب لأنهـما عبدان للسيد قـتل أحدهما الآخر فهو كـما لو قتل أجنبي ، والله أعلم .

وما ذكـره في آخر كلامه من أن الأجنبى إذا قـتل عبد المكاتب استـوفاه السيـد: عجيب ؛ فـقد ذكر هو في باب الكتـابة تبعاً للرافـعي بأنه لو جنى بعض عبيـد المكاتب على بعض أو جنى عبد غيره على عـبده فله أن يقتص بدون إذن سيده على المشهور .

وفي قول : إن لم يأذن للسيد وإلا أخذ الأرش .

ولو جنى عبد المكاتب على المكاتب فله أن يقتص بغير إذن السيد .

ولو جنى - أي : عبـد المكاتب - على سيد مـولاه فكاما لو جنى على أجنبي فيباع في الأرش إلا أن يفديه المكاتب .هذا كلامه .

ثم إن الحكم الذى ذكره في أول زياداته وهو أن السـيد يستوفيـه تفريعاً على ثبوت القـصاص مشكل ؛ لأن سيـد المكاتب لا حق له في المكاتب ، وتعليله بقـوله لأنهمـا عبـدان للسيـد مردود أيضـاً لأن عبـد المكاتب ملك للمكاتب لا للسيد .

قوله : وحكى - أي : الإمام - خلافاً في أن القصاص لا يجب على الأب أو يجب ثم يسقط لتعذر الاستيفاء قال : وهذا من حشو الكلام ، والمانع من الاستيفاء مانع من الوجـوب . انتهى كلامه.

وهذا الخلاف قد اسقطه النووي من « الروضة » .

قوله : أخوان لأب وأم قتل أحدهما الأب والآخر الأم ، فإن لم تكن الزوجـية باقـية بين الأب والأم فلكل واحـد منهمـا حق القصـاص على الآخر .

وهل يقدم بالقرعة أو يقتص من المبتديء بالقتل؟فيه وجهان . انتهى.

لم يرجح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً ، والراجح الثاني فقد أجاب

به القاضي أبو الطيب والبغوي ونقله الإمام عن الأصحاب وقال في «الروضة» من زوائده : إنه أرجح .

قوله في المسألة : وقول الغزالي : وكل واحد من الأخوين يستحق قصاص صاحبه يجوز أن يعلم بالواو لأن ابن كج حكى عن ابن أبي هريرة وابن القطان فيما إذا قتل زيد ابن عمرو وعمرو ابن زيد وكل واحد من الأبوين حي مكافئ أنه يقع القصاص ولا قصاص بينهما ، وذلك الوجه لا بد أن يجيء فيما نحن فيه . انتهى كلامه .

وهذا الوجه قد صرح بنقله في مسألتنا صحب « البيان » عن ابن اللبان ونقله عنه في « الروضة » .

قوله:ولو قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه فلا قصاص في الحال.

فلو قال : أنا رجل فهل يقبل قوله لإيجاب القصاص أو الدية ؟

فيه وجهان : أحدهما : نعم كما قبل الجناية ؛ لأنه أعرف بحاله .

وأظهرهما - على ما ذكره القفال والإمام - المنع لأنه متهم. انتهي كلامه .

وهذه المسألة مذكورة في هذا الكتاب وفي « الروضة » في مواضع واختلف في الترجيح كلام النووي اختلافاً عجيباً سبق إيضاحه في نواقض الوضوء فراجعه ، وذكرته أيضاً أبسط من ذلك في كتابنا المسمى «بالاستيعاب » المعقود لأحكام الجنايات .

قوله : ويشبه ذلك بما لو ثبت الغضب عليه بشهادة رجل وامرأتين . ثم قال : إن كنت غصبت فامرأتي طالق فأقامت رجلا وامرأتين على أنه غصب لا يقع الطلاق على الأظهر . انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من جزمه في الصورة الأولي وإثبات الخلاف في الثانية على العكس مما ذكره هو وغيره في الباب الثاني من أبواب الشهادات فإنهم

جزموا في الثانية بعدم الوقوع ، وحكوا في الأولى وجهين وصححوا أنه يقع ، وسوف نذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

والسبب فيما وقع هنا أن الإمام - رحمه الله - عكسه فتبعه عليه الرافعي ثم النووي ، وقد ذكره - أعني الإمام - في ذلك الموضع كما ذكره غيره .

قوله : وروي أن عمر قتل خمسة أو سبعة برجل قتلوه غيلة وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً . انتهى .

الغيلة بغين معجمة مسكورة بعدها ياء ساكنة بنقطتين من تحت هي الحيلة .

والقتل على أنواع :

أحدها : قتل الغيلة : وهو أن يحتال في قتله بأن يذهب به إلى موضع مثلاً فيقتله فيه .

والثاني : قتل الفتك [بفاء] (١) مثلثة أي : بضم وبكسر [وفتح] (٢) وبعدها تاء ساكنة مثناة بنقطتين من فوق ثم كاف ، وهو أن يكون آمنا فيراقب حتى يجد منه غفلة فيقتله .

والثالث : قتل الصبر بصاد مهملة مفتوحة بعدها باء موحدة ساكنة ، وهو قتل الأسير مجاهرة.

والصبر في اللغة هو الحبس فلما قتل بعد حبسه سمى قتل الصبر .

والرابع : قتل الغدر : وهو القتل بعد الأمان .

والمراد بقوله تمالأ أي : تعاون ، وهو مهموز الآخير ، قال رضى الله عنه ما قتلت عثمان ولا مالأت في قتله أي : عاونت .

---

(١) في أ : به .

(٢) سقط من أ ، والمثبت من المعاجم اللغوية .

قوله : ولو شارك جراحة لا ضمان فيها كجراحة الحربي فقولان : أصحهما وجوب القصاص ثم قال : ولو جرحه سبع أو لدغته عقرب أو حية وجرحه مع ذلك رجل فطريقان : أشهرهما طرد القولين ، والثاني : القطع بأن لا قصاص عليه لأنه لا تكليف عليه فكان شريكه كشريك الخاطئ . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضى هذا الكلام تصحيح وجوب القصاص في شريك السبع ونحوه ، وقد وافق عليه في « الروضة » ثم خالفه في تصحيح التنبيه فصحح أنه لا يجب ، ولا ذكر للمسألة في المحرر ولا في مختصره .

الأمر الثاني : أن التعبير بالخاطئ عن المخطئ وقع في مواضع من الرافعي وغيره من كتب الأصحاب ، وهو لغة ، قال أبو عبيدة : خطئ بكسر الطاء وأخطأ لغتان بمعنى واحد .

قال : وفي المثل مع الخواطئ : سهم صابت . تصرف للذي يكثر خطؤه ويأتي بالصواب أحياناً .

لكن قال الأموى : المخطئ من أراد الصواب فوقع في غيره ، والخاطئ من تعمد لما لا ينبغي . حكاه الجوهري .

قوله : ولو رمي اثنان سهمين إلى مسلم في صف الكفار وقد علم أحدهما أنه مسلم ولم يعلم الآخر أن هناك مسلماً فوجوب القصاص على العالم ينبي على الخلاف في شريك السيد لأن فعل الجاهل مضمون بالكفارة . انتهى كلامه .

وبناؤه هذه المسألة على شريك السيد بناء عجيب لأن شريك السيد شريك عامد مأثوم ، وإنما سقط القصاص عن السيد لعدم الكفارة ولكونه ملكه وإسقاط وسقطت الدية لاستحالة إيجابها له في ملكه فصار السقوط

في هذه الحالة إنما هو لمعنى في السيد فشريكه كشريك الأب بخلاف الجاهل فينبغي أن يكون شريكه كشريك المخطئ بل أولى ؛ لأن المخطئ تلزمه الدية بخلاف هذا .

واعلم أنه لا قصاص على شريك المخطئ على ما قطع به الجمهور ، ويجب على شريك الأب وكذا شريك السيد في أصح القولين .

قوله : فرع : وجوب القصاص على شريك الصبى والمجنون ينبنى على الخلاف في أن عمدهما عمداً وخطأ؛ إن قلنا : عمد وجب وهو الأصح ، وإن قلنا: خطأ فلا ؛كشريك الخاطئ . هكذا أطلق مطلقون

وعن القفال وغيره أن الخلاف في الصبي الذي يغفل عقل مثله وفي المجنون الذى له نوع تمييز ، فأما من لا تمييز له بحال فعمده خطأ وشريكه شريك الخاطيء لا محالة ، وهذا ما جرى عليه الأئمة . انتهى ملخصاً.

والمشهور القطع في شريك المخطئ أنه لا قصاص ، والمشهور في شريك البهيمة طريقة القولين .

إذا علمت ذلك فالذى ذكره هنا من إلحاق فعل غير المميز بالمخطئ دون البهمية قد تابعه عليه في « الروضة » وهو يقتضي وجوب الضمان في ماله - أعنى مال غير المميز - لكنه قد نقل قبل ذلك قبيل الكلام على ما يباح بالإكراه خلافه ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : ولو خلط الإمام جرح الصغير أو المجنون في لحم حي بقصد المداواة وكان ذلك يقتل غالباً ففي وجوب القصاص عليه قولان كما لو قطع سلعة من صغير أو مجنون فمات منه . انتهى.

والصحيح في السلعة أنه لا ضمان كما قاله في موضعه وهو بعد حد الخمر.

قال رحمه الله : فصل : فيما إذا تغير حال المجروح من وقت الجرح إلى الموت قوله : ولو جرح حربي مسلماً ثم أسلم الجارح أو عقدت له الذمة ثم مات المجروح .

فالجواب في « التهذيب » أنه لا شيء على الجارح ، ونقل بعضهم أنه يلزمه الضمان لأن المجنى عليه مضمون في الحالتين . انتهى .

لم يصحح شيئا في « الشرح الصغير » أيضاً والصحيح عدم الضمان . كذا في « الروضة » من زوائده .

قوله : ولو جرح مسلماً فارتد ومات بالسراية فالنفس هدر ويجب القصاص في الجراحة في أصح القولين إن كان مما يجرى فيها القصاص، وعلى هذا فيستوفيه وريثه في أظهر القولين ؛ ولهذا قال في« المختصر»: لوليه المسلم القصاص .

والثاني : يستوفيه الإمام لأن المرتد لا يورث ، وحملوا الولي على الإمام .

ثم رد الرافعي بعد ذلك على هذا التأويل فقال : وبأنه قال في «الأم» يقتص منه أولياؤه ، بلفظ الجمع والإمام واحد ، وربما حكى وريثه .

هذا لفظه ، والمذكور في الأم لفظ الولى فإنه قال : وإذا ضرب الرجل رجلاً فقطع يده ثم برأ ثم ارتد فمات فلوليه القصاص في اليد .

هذا لفظه ، ونقله عنه أيضاً في « المطلب » .

قوله : ولو جرح مسلم مسلماً ثم ارتد المجروح ثم أسلم ومات بالسراية لم يجب القصاص في أصح القولين ، وفي الدية أقوال : أصحهما عند الجمهور: أنها تجب كاملة.

والثاني : نصفها .

والثالث : ثلثاها .

والرابع : أقل الأمرين من كل الدية، وأرش الجراحة .

ثم قال ما نصه : قال الإمام : إن أوجبنا القصاص فلو آل الأمر إلى المال ففيه الوجوه ، وهذا يشعر بما إذا عفى عن القصاص ، وقد يشير به إلى ما إذا كان الجرح خطأ ، وكذا صور صاحب الكتاب ، وفي «التهذيب » أنه إذا عفى وجب كمال الدية بلا خلاف وهذا أوجه ولتكن كذلك صور الخطأ . انتهى .

تابعه في « الروضة » على هذا النقل عن الإمام ، وهو غريب جداً ؛ فإن الذى ذكره الإمام أن الخلاف محله إذا قلنا : لا يجب القصاص لأجل تحلل المهدر ، قال الإمام : أما إذا قلنا بوجوبه فلا شك في وجوب كمال الدية وحينئذ فيوافق مقالة « التهذيب » .

ذكر ذلك قبل كتاب الديات بكراس وشيء في أثناء فصل أوله قال : ولو جرح مسلماً فقال ما نصه : ثم إذا أوجبنا القصاص في المسألة التى نحن فيها فلو آل الأمر إلى المال وجبت الدية بكمالها لا شك فيه ، وإن درأنا القصاص لمكان اعتراض المهدر وآل الأمر إلى المال فظاهر النص أنه تجب الدية الكاملة؛ هذا لفظ الإمام بحروفه ، وكأن نظر الرافعي قد انتقل من قوله : وآل المال ، إلى هذا اللفظ المذكور ثانياً أو سقط ذلك من النسخة التي وقف عليها الرافعي .

قوله في « الروضة » : فرع : رمي إلى مسلم فارتد وعاد إلى الإسلام فأصابه السهم فلا قصاص على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقال الإمام : ويجيء فيه قول . انتهى .

لقائل أن يقول : كيف قطع الجمهور بأنه لا قصاص مع ذهابهم لطريقة

القولين فيما إذا تخللت الردة بعد الجراحة مع أن إثبات القولين في مسألتنا أولى لعصمته حالة الرمى وحالة الإصابة ، وتخلل الردة إنما كان لتأثير السبب .

قوله : ولو جرح نصراني نصرانياً ونقض المجروح العهد والتحق بدار الحرب ثم سبى واسترق ومات بالسراية فلا قصاص في النفس ، فإن أراد المستحق المال ففي ما يجب على الجاني قولان : أحدهما : أول الأمرين من أرش جناية حر أو كمال قيمة عبد لأنه بالالتحاق بدار الحرب صار مهدراً فأشبه ما إذا ارتد المسلم .

وأصحهما على ما قال في « التهذيب » أن الواجب قيمته بالغة ما بلغت. انتهى كلامه.

والأصح في أصل « الروضة » ما صححه في « التهذيب » .

قوله : وقول « الوجيز » أقل الأمرين من كمال كل الدية أو كل القيمة الأغلب في لسان أهل الفقه في مثل هذا الموضع كلمة - أو - ولو قلت - بالواو - لصح وكان أوضح . انتهى كلامه.

والتعبير هنا بالواو واجب ؛ لأن الأمرين هما كذا وكذا قالوا ولا بأو ، وقد نبه عليه أيضاً النووي في مواضع من « الدقائق » و «لغات التنبيه » .

قوله : قطع حر يد عبده فعتق ثم عاد فحرر رقبته قبل الاندمال ، فإن اقتص الوارث سقط حق السيد ، وإن عفى وجب كمال الدية ، للسيد منه الأقل من نصف الدية ونصف القيمة ، ثم الواجب في الدية إنما هو الإبل فليس للسيد تكليف الجاني سلم الدراهم .

ثم قال ما نصه : فلو أتى الجاني بالدراهم ففي إجبار السيد على القبول وجهان ذكرهما الإمام : أحدهما : المنع لأن الواجب المتعين الإبل فله أن يقول سلم حقى إليّ.

والثاني : نعم لأنه الواجب بحق الملك ، وحاصل هذا الوجه تخيير الجاني بين تسليم الإبل وتسليم الدراهم ، وهو أفقه وأغرض عند الإمام، وإيراد الكتاب يشعر بترجيحه. انتهى كلامه.

واعلم أن هذا الكلام من الرافعي قد تابعه عليه في « الروضة » ، وهو يقتضي أن هذين الوجهين نقلهما الإمام عن الأصحاب ، وليس كذلك ، بل إنما ذكرهما الإمام بحثاً ، وقد صرح القاضي أبو الطيب في « شرح الفروع » بالمسألة وجزم بعدم الإجبار، ونص عليه الشافعي أيضاً ونقله عنه في « المطلب» في باب القسامة .

قوله: الفراشة : قال الجوهري : **الفراشة** بالفتح وبالشين المعجمة : كل عظم دقيق ، وفراش الرأس عظام رقاق في القحفة .

قال رحمه الله : النوع الثاني : القصاص في الطرف .

قوله : وفرق فارقون بأن اليد الشلاء ميتة والحي لا يؤخذ بالميت كما لا يقتل الحي بجز رقبة الميت ، وذكر علي هذا وجهان في اليد الشلاء من المذكاة هل تؤكل ، وضعف القاضي أبو الطيب وجماعة هذا الفرق ومنعوا كون اليد الشلاء ميتة وقالوا : لو كان كذلك لتغيرت ولكانت نجسة . انتهى كلامه.

وقد نص الشافعي في « الأم » على أن الشلل موت فقال : فإن قطع رجل من رجل طرفاً فيه شيء ميت لشلل أو غيره أو شيء مقطوع كأن قطع يده وفيها أصبعان شلاوان وإن لم تقطع يد الجاني بها .

هذا لفظ الشافعي بحروفه ، وقد نقله عنه في « المطلب » أيضاً وحينئذ فيكون الصحيح التحريم ، ونقل في « الروضة » هذه المسألة إلى الأطعمة وصحح الحل .

قوله : الثانية : الدامية : وهي التى يدمي موضعها من الشق والخدش، وذكر الإمام وصاحب الكتاب في تفسيرها سيلان الدم ، وهو خلاف ما حكى عن لفظ الشافعي رضى الله عنه واشتهر في اللغة ، أما لفظ الشافعي فقد حكى الروياني أنه قال : الدامية هي التي تدمي ولا يقطر منها شيء ، وأما أهل اللغة فقد ذكروا أن الدامية التي يظهر دمها ولا يسيل، فإن سال فهي الدامعة بالعين أي : المهملة . انتهى.

وما ذكره في الإنكار على الإمام والغزالي قد تابعه عليه في « الروضة » وزاد فقال : إن ما قالاه خلاف الصواب.

والذى قاله الرافعي والنووي عجيب يوهم انفراد الإمام والغزالي بذلك وليس كذلك ؛ فقد ذكر القاضي الحسين في «تعليقه » في ذلك جوابين

مختلفين ذكرهما في موضعين نقلهما عنه ابن الرفعة في « الكفاية » :

أحدهما : مثل مقالة الجمهور .

والثاني : كمقالة الإمام والغزالي ، ومنه أخذا ما قالاه .

ورأيت في « شرح المختصر » للداودي وهو المعروف بالصيدلاني عن ابن الأعرابي مثله أيضاً فإنه ذكر في أول الباب أن الدامية هي الدامعة ، ثم نقل عن ابن سريج مثل مقالة الجمهور ، ثم روي عن الأزهري عن ابن الأعرابي عكسه فقال : الدامعة ألا يسيل الدم ، والدامية أن يسيل.

وأغرب من ذلك أن الجوهري قد نص عليه في « الصحاح» في فصل نصع فقال : الناصعة : الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى إلا أنه لا يسيل الدم ، فإن سال فهي الدامية . هذا لفظه .

نعم ، ذكر ما يناقضه في فصل دمي فقال : الدامية : الشجة التي لا يسيل الدم منها.

فصل : في ألفاظ ذكرها الرافعي فسر معانيها ولم يضبط لفظها :

منها : المنشار بالنون والشين المعجمة ، وقد سبق إيضاحه قبل ذلك عند الكلام على الإكراه .

ومنها : البضعة بمعني القطعة ، ومنها إطار الشفة والأخرق والمسبار والأعسم وفراوة اسم للبلد والسن الشاغبة .

فأما البضعة فإنها بفتح الباء ، وأما إطار الشفة وهو : المحيط بها فهو : بكسر الهمزة وتخفيف الطاء المهملة ، وقد ضبطه النووي في أصل « الروضة» .

وأما الشاغبة فبالشين والغين المعجمتين وهي الزائدة المخالفة لسمت الأسنان ؛ يقال : رجل أشغى وامرأة شغواء .

وأما فراوة اسم للبلد : فبفتح الفاء وضمها والفتح أشهر وبعد الألف واو وهي بلدة من ثغر خراسان .

وأما الأخرق : فبالخاء المعجمة والقاف ، وهو قليل المعرفة ، على عكس الماهر ، ومصدره الخرق .

وأما المسبار : فهو بميم مسكورة وسين مهملة ساكنة بعدها باء موحدة وهو حديدة تدخل في الجرح ليمتحن بها ، مأخوذ من السبر وهو الامتحان كالمفتاح من الفتح .

والأعسم : بعين وسين مهملتين مأخوذ من العسم بالفتح يكون في الكف والقدم ؛ وهو أن يكسر مفصلهما حتى يعوجا ؛ تقول منه : رجل أعسم ، وامرأة عسماء .

قوله : وعن إبراهيم الحربي ... إلى آخره .

الحربي: بحاء مهملة مفتوحة وبالباء الموحدة، تقدم ذكره في «الطبقات».

قوله في أصل « الروضة » : الطريق الثاني : أن يكون للعضو حد مضبوط ينقاد لآله الإبانة فيجب القصاص في فقء العين وفي الأذن والجفن والمارن والذكر والأنثيين قطعاً. انتهى كلامه.

وما ذكره من الاتفاق في الجفن ليس كذلك ؛ فقد ذهب بعض الأصحاب إلى أنه لا قصاص فيه كما حكاه ابن الرفعة في « الكفاية » ولم يدع الرافعي القطع بذلك .

قوله أيضاً في « الروضة » : ويجب أيضاً في الشفة واللسان على الصحيح ، وفي الشفرين والإليتين عند الأكثرين ، ولا قصاص في إطار الشفة - بكسر الهمزة وتخفيف الطاء المهملة - وهو المحيط بها لأنه ليس له حد مقدر. انتهى كلامه .

وتعبيره بالشفة غلط لأن القصاص يجب في آخرها كما يجب في جميعها وفي أولها ، وصوابه : بالسه بسين مهملة مشددة بعدها هاء بلا فاء؛ وهو حلقة الدبر كما تقدم إيضاحه في نواقض الوضوء ؛لأن المحيط بالحلقة المذكورة لا ضابط له ، وقد وقع على الصواب في نسخ الرافعي الصحيحة .

قوله : الثانية: لو كسر العظم وأبان اليد منه فللمجني عليه أن يقطع من المرفق ويأخذ حكومة ما بقي من العضو ولو أراد أن يترك المرفق ويقطع من الكوع فهل يمكن ؟ فيه وجهان :ثم قال : وفي « التهذيب » بترجيح هذا الوجه - يعني التمكين - ، وإفراد الروياني وغيره يشعر بترجيح الأول. انتهى كلامه.

ومقاضاه رجحان الثاني وهو أنه لا يمكن وبه صرح في «الشرح الصغير» فقال : فيه وجهان : أولاهما : لا يتمكن كمن تمكن هذا لفظه ، ولم يذكر

ترجيحاً غيره ، وكلامه في « المحرر » مقتضاه رجحان التمكين ؛ فإنه قال : فيه وجهان رجح منهما التمكين . هذه عبارته .

وعبر في « المنهاج » بلفظ : الأصح ، وأبقي كلام الرافعي في «الشرح الكبير » على ما هو عليه فصار أبلغ في الاختلاف .

قوله : ولو زاد المقتض في الموضحة على قدر المستخرج وآل الأمر إلى الثاني وجب أرش كامل ، وقيل : يوزع الأرش عليهما فيجب قسط الزيادة ، وينسب هذا للقفال . انتهى .

واعلم أن هذه المقالة قد رجع عنها القفال كما قاله في « النهاية » فقال: الذى استقر عليه جوابه وجواب «الكامل »، وفي «تعليق القاضي حسين» : أنه اختيار الشيخ - يعني به القفال - .

قوله : الثانية : إذا اشترك جماعة في موضحة بأن تحاملوا على الآلة وحزوها معا ففيه احتمالان للإمام : أحدهما أنه يوزع عليهم ويوضح من كل واحد منهم قدر حصته، لأن الموضحة قابلة للتجزئة والقصاص جار في أجزائها فصار كما لو أتلفوا مالاً يوزع عليهم الغرم ؛ وعلى هذا تتعين الموضحة إلى اختيار المقتص أو المقتص منه .

والثاني : أنه يوضح من كل واحد منهم مثل تلك الموضحة لأنه لا جزء إلا وكل واحد منهم جان عليه ؛ فأشبه ما إذا اشتركوا في قطع يد ، وهذا ما أجاب به صاحب « التهذيب » .

ويجرى الاحتمال فيما إذا آل الأمر إلى المال أنه يجب الأرش موزعاً عليهم ، أو يجب على كل واحد منهم أرش كامل .

قال الإمام : والثاني أقرب ، والأول هو المذكور في التهذيب . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما: حيث شرع القصاص في موضحة كان تعيين محلها إلى الجاني وقيل : المجني عليه كما تقدم في كلام الرافعي ؛ وحينئذ فقول الرافعي هنا بتعيين الموضــحة إلى اختيار المتـقص أو المقتص منه وقع هكذا في النسخ وهو ناقص وتكملته أن يقول فيه الخلاف السابق ،وهكذا قالوا في «النهاية».

الأمـر الثـــاني : أن ما نقله في أجـزاء الأرش عن الإمام والبـغوي هو الصواب المذكور في «الـتهذيب » و « النهاية » ، وقد غلـط فيه النووي في «الروضة » فانكعس عليه ؛ فإنه قال : ويجري الاحتمالان فيما لو آل الأمر إلى المال هل يجب عــلى كل واحـد أرش كـامل أم يوزع عليـهم ؟ ؛ قـال الإمام : وهــذا الثاني أقـرب ، وبالأول قطع البغـوي . هذا لفظه . فـأخر احتمال التوزيع عن الكامل وأبقى مـا قاله الرافعي على حاله فلزم منه وقوع الغلط .

قوله : الثانية: لا تقطع يد صحيحة بشلاء وإن رضي به الجاني. انتهى.

صورة هذه المسـألة عند وقوف القطع ، فإن سرى إلى النفس فـالأظهر عند الأكـثرين قطعـها بها ، وكـذا إذا كان سـاعد المجنى عليـه بلا كف ، فاعلمه ، وقد بين الرافعي ذلك في الطرف الثالث في كيفية المماثلة .

قـوله : ولو قطع أو شل إحـدى الأنـثيين وقـال أهل البـصـر يمكن القصاص من غير إتلاف الأخرى اقتص .

وذكـر الروياني أن الماسـرجسي قـال : إنه ممكن وإنه وقـع في عهـده لرجل من فزاره . انتهى كلامه.

وهو يوهم أن القصاص وقع للفزاري بالمذكور ، وليس كذلك ، والذي حكاه القاضي أبو الطيب عن الماسرجسي ونقله عنه في « الكفاية » قبيل باب العفو والقصاص وقوع الحكاية على غير هذه الصورة فقال : وحكى القاضي أبو الطيب عن الماسرجسي أنه قال : رأيت رجلاً من فزارة له إحدى الأنثيين

فسئل عن ذلك فقال : كانت بي حكة فقعدت في الشمس فكنت أحك خصيتي إلى أن انشقت فخرجت إحدى البيضتين وبقيت الأخرى .

قوله : ولا فرق بين المثقوبة وغيرها إذا كان الثقب للزينة ولم يورث شيئاً . انتهى .

واعلم أن الغزالي قد نص في « الإحياء » على أن ثقب أذن الصبية لتعليق الحلق حرام وبالغ فيه مبالغة شديدة لأنه جرح لم تدع إليه حاجة ، قال : إلا أن تثبت فيه من جهة النقل رخصة ولم تبلغنا .

ذر ذلك في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الباب الثالث منه في الكلام على منكرات الضيافة .

فإن قيل : للبخاري (١) في حديث أم زرع قولها بحضرة النبي ﷺ: وآنس من حلي أذني ولم ينكر عليها ، بل قال لعائشة : إن عشت كنت لك كأبي زرع لأم زرع .

قلنا : الذي أقر عليه النبي ﷺ إنما هو نفس التعليق والتثقيب كان قد وقع في صغرها ، والتعليق بعد وقوع التثقيب غير حرام لأنه لا محذور فيه .

وآنس بهمزة ممدودة ونون مفتوحة وبالسين المهملة أي : حرك وأسمع يقال : أنست الصوت أي : سمعته .

قوله : ويقطع لسان المتكلم بلسان الرضيع إن ظهر فيه أثر النطق بالتحريك عند البكاء وغيره وإلا لم يقطع ، وإن بلغ أوان التكلم ولم يتكلم لم يقطع به لسان المتكلم . انتهى كلامه .

تابعه في «الروضة » عليه وهو يقتضي أنه لا يجب القصاص فيه إذا قطع قبل أن ينتهي إلى حد يظهر فيه أثر النطق بالتحريك وغيره حيث قال :

---

(١) الزاهر (ص / ٤٨٠) .

وإلا - أي : وإن لم يظهر فيه الأثر المذكور - لم يقطع ، وعدم ظهوره إما بأن لم ينته إلى ذلك الزمن ، أو بأن ينتهي إليه ولم يحصل فيه ذلك ، وقد ذكر الرافعي في كتاب الديات قولين في أن هذا اللسان هل يعطي حكم لسان المتكلم حتى تجب فيه الدية أم لا ؟، وصحح وجوب الدية وبالغ فيه فقال إنه الذي يوجد في كتب عامة الأصحاب ، وعلله بأن الظاهر السلامة، وقاسه على قطع الرجل وغيرها ؛ ومثل له بقطع اللسان عقب الولادة. قال: والذي أورده في « الكتاب » أن الدية لا تجب لأن سلامته غير متيقنة ، وحكى الإمام قطع الأصحاب به .

هذا كلامه . ومقتضاه تعليلاً وتشبيهاً وجوب القصاص ، فتفطن له .

وأما ما دل عليه كلامه هنا من عدم الوجوب فسببه متابعة الإمام والغزالي في التقسيم .

قوله :ولو التأمت الموضحة والتحمت لم يسقط القصاص ولا الدية لأن العادة المستمرة فيها الالتحام ؛ فلو أسقطناه لصارت معظم المواضح هدراً . ثم قال ما نصه : وكذلك الحكم في الجائفة، وعن صاحب «التقريب» وجه أنها إذا التحمت زال حكمها . انتهى.

واعلم أن هذا الكلام الذى ذكره في الجائفة يوهم أن حكم الجائفة كحكم الموضحة في أن التئامها لا يسقط القصاص حتى اغتر ابن الرفعة في « الكفاية » بهذا الإيهام فصرح به ، وهو غلط ينبغي التفطن له ؛ فإن الجائفة لا قصاص فيها بلا خلاف لأنها لا تنتهى إلى عظم كما صرحوا به في الكلام على الشجاج ، فتفطن له .

والذى أراده الرافعي بقوله وكذلك الحكم في الجائفة إنما هو عدم إسقاط واجبها وهو الدية .

قوله : ولو قطع من له ستة أصابع يد معتدلة وقال أهل الخبرة : إن

الست كلها أصلية ؛ وذلك بأن انفتقت الأصابع بتقدير العزيز العليم إلى ستة أجاء متساوية في القوة والعمل فللمجنى عليه أن يلتقط بها خمساً على الولاء من أيّ جانب شاء. هكذا أطلق .

ولك أن تقول : إن لم تكن الست المفروضة على مقطع الخمس المعهودة وهيئاتها فهذا لعله قريب ، وإن كانت على تقطيعها فمعلوم أن صورة الإبهام من الخمس تباين صورة سائرها ، فإن كانت التي تشبه الإبهام على الطرف فينبغي أن تلتقط الخمس من ذلك الجانب الآخر .

قال الإمام : ويختلج في النفس أن يقال: ليس له لفظ الخمس لوقوع الست على نظم يخالف نظم الخمس المعتدلة ، وغموض القطع فيها ثم حقه لا يتوفر بقطع الخمس منها لأنها خمسة أسداس اليد ويده مقطوعة بتمامها فله مع ذلك سدس الدية لكن يحط من السدس شيء لأن الخمس الملقوطة وإن كانت خمسة أسداس فهي في الصورة كالخمس المعتدلة . انتهى.

وما ذكره من عدم التقاط الخمس من إسناده إلى احتمال الإمام فقط تابعه عليه أيضاً في « الروضة »، وقد جزم بذلك القاضي في «تعليقه » قال: لأن في كل أصبع نقصانا من وجه وزيادة من وجه ، وتلك الزيادة لم تكن دون حقه فيؤدى إلى أن يأخذ غير حقه فلا يجوز ، فإن بادر وقطع الكف ألزمناه حكومة لمكان الزيادة التي كانت في حلقة يد الجاني ، وإن قطع خمساً منها فقد استوفي خمسة أسداس اليد ويبقي له سدس دية اليد ويحط من ذلك شيء لتكون حكومة لزيادة الحلقة فيما استوفي. هذا كلامه .

والعجب من الإمام في عدم وقوفه عليه مع أن مادة « النهاية » من تعليقه .

قـوله في المسـألة : لو بادر المجنـي عليـه وقطع الست قـال صـاحب «التـهـذيب » : يـعـزر ولا شيء عليـه ، ولو قلت : يلـزمـه شيء لزيادة الصـورة ، لـم يبعـد ، وهو القدر المحـطوط من سدس الدية الواحـدة مع قطع الخمس . انتهى كلامه.

وتباعه في « الروضة » على ذلك ،وما أبداه احتمالاً قد جزم به القاضي الحسين في « تعليقـه » ، وقد تقدم ذكره فيما نقلناه عنه فـي المسألة السابقة وهو القياس الواضح فـتعين العمل به لا سيمـا أن القاضي المذكور أجل من تليمذه البغوي .

قـوله في « الروضة » : المسـتحـب في قـصاص الجـروح والأطراف التأخير إلى الاندمال ، فلو طلب المستحق الاقتصاص في الحال مكن منه على المذهب والمنصـوص . ولو طلب الأرش لم يمكـن منه على المذهب والمنصوص .

وقيل :في الـتعجـيل في المال والقصـاص قولان ، فإن قلنـا : يعجل المال ، ففي القـدر المعجل وجهـان : أحدهما : تعجل أروش الجـراحات وديات الأطراف وإن كثرت فإن حصلت سراية استرد .

والثاني : لا تعجل إلا دية نفس لاحتمال السراية .

قلت : الثاني أصح ، والله أعلم .

في كلامه رحمه الله أمران :

أحدهما : أن الرافعي لم يصحح شيئاً من الطريقين لا في القصاص ولا في المال، وإنما صحح أنه يجاب إلى القصاص ولا يجاب إلى المال ولكنه لما فصل الخلاف لم يصحح منه شيئاً .

الثاني : أن تصحيحه هنا لطريقة القطع في المال يخالف ما ذكره في آخر الكتاب فإنه جزم هناك بطريقة القولين .

وفي المسألة كلام أخر نذكره هناك إن شاء الله تعالى .

قال رحـمه الله : هذه مـسائل الاختـلاف الواقعة بـين الجاني والمجني عليه أو وليه .

قوله : منها لـو قدّ ملفوفاً في ثوب وقال : كـان ميتاً فـقال الولي كان حياً فالمصدق الولي في أظهر القولين . زاد في «الروضة» على هذا فقال: وإذا صـدقـنا الولي فـالواجـب الدية دون القـصـاص ذكـره البـغـوي والمحاملي، وقال المتولي : هو على الخلاف في استحقاق القود بالقسامة. انتهى .

وحاصل ما ذكره من « زوائده » تصحيح عدم القصاص ، أما على قول البغوي والمحاملي فواضح، وأما على قول المتولي فلأن الأصح أن القسامة لا يجب فيها القصاص .

إذا علمت ذلك فقـد ذكر بعد ذلك فـي آخر باب الشهـادة على الدم ما يقتضي أن الأكـثرين على خلاف المذكور هنا وسوف أذكر لفظه فـي موضعه إن شاء الله تعالى ، فراجعه .

قوله :قـال الإمام : تلقيت من كـلام الأصحاب فـي الظاهر والباطن وجهين : أحدهما : أن الباطن ما يجب ستـره عن الأعين ، وأليقهما بفقه الفـصل: أن الباطن مـا يعتـاد ستره إقـامة للمـروءة ، والظاهر بخـلافه . انتهى .

والتعبير بالأليق هو من لفظ الإمام .

إذا علمت ذلك فقد اختصره في « الروضة » بقوله : والعضو الباطن ما يعتاد سترة مروءة ، وقيل : ما يجب وهو العورة، والظاهر ما سواه ، وفيه أمران :

أحدهما : إيهامه أن الترجيح للرافعي ، وليس كذلك .

الثـــاني : أنه لم يبين المراد من الوجـوب على الوجـه الثـاني هل هو الوجـوب في الصـلاة أو عن الأعين؟ ، ويـظهـر أثر ذلك في المرأة ؛ فـإن عورتها في الصلاة معلومة ، وفي النظر كعورة الرجل ؛ ولهذا يجوز للمرأة والمحارم ونحوهم أن ينظروا مـنها لما عدا ما بين السرة والركـبة ، وإنما حرم على الأجنبي مـا عدا الوجه والكفـين لخوف الوقوع في المحـذور ، وتعبـير الرافعي يدل على الثاني فإنه قال : أحدهما : أن الباطن ما يجب سترة عن الأعين .

قوله : الرابع : إذا اختلفا ، فـعن بعضهم إطلاق الخلاف في الشك ، واستدرك الإمـام فقال : من أنكر أصل العضو أنكر أصـل الجناية فيقطع بتصـديقه ، وإنما موضع الخلاف مـا إذا اتفقا على أصل العـضو والجناية عليه . انتهى.

وما ذكـره الإمام وأقـره عليه قـد تابعه عليـه في « الروضة » أيـضاً ، وإنكارهم لهذا الـتصوير عـجيب ؛ فإن ذلك يتـصور بما إذا اتفـقا على أنه ضربه بالسـيف ما يحـاذي المرفق مثلاً أو بعـده بأصبع أو غـيره إلى أن بلغ بالضرب حداً لو كانت اليد موجـودة لقطعته ، وأيضاً فإنه لا يلزم من إنكار أصل العضو إنكار وجود شيء ثابت في مـحله وردت الجناية عليه من سلعة ليست على صورة العضو أو على صورته إلا أنها زائدة .

قوله : ولو قطع إحدي يديه ومات فقـال الجاني مات بسبب آخر من قتل أو شُرب سم موح وليس علي] إلا نصف الدية ، وقال الولي : مات بالسراية وعليك ديـة تأمة فوجهـان؛ قال في « التهـذيب »: أصحهـما أن القول قول الولي لأن الأصل أنه لم يوجد سبب آخر. انتهى.

صـحح النووي في أصل « الروضـة » ما قـاله صـاحب « التهـذيب »

ويضعفـه تصديق الولي أيضاً في عكسه على الصحـيح، وذلك كما لو قطع يديه ورجليه فمـات وقال الجاني مات بالسراية فعليّ دية واحـدة فقال الولي بل بسبب آخر .

قوله من « زوائده » : لو قطع أصبعـه فداوي جرحه وسقطت الكف فقال الجاني تآكل بالدواء وقال المجني عليه .

بل تآكل بسبب القطع .

قال المتـولي : نسأل أهل الخـبرة فإن قـالوا : هذا الدواء يأكل اللحم الحي والميت صـدق الجاني وإن قـالوا لا يأكل الحي صدق المجني علـيه ، وإن اشتبه الحال صدق المجني عليه . انتهى.

هذه المسألة قد سبق ذكرها من كلام الرافعي في آخر باب مساواة القتيل للقاتل بهذا التفصيل بعينه .

قال رحمه الله : الفصل الثاني : في حكم القصاص وفيه بابان : الأول : في استيفاء القصاص وفيه ثلاثة فصول : الأول : فيمن يلي الاستيفاء قوله في الروضة : ولو قتل من ليس له وارث خاص فهل للسلطان أن يقتص من قاتله أم يتعين أخذ الدية ؟ فيه قولان سبقا في كتاب اللقيط . انتهى.

وقد سبق منه في اللقيط طريقان : **أحدهما**: هذه ، **والثاني** : طريقة القطع وهي التي صححها الرافعي سالم من هذا الاختلاف كما تقدم إيضاحه هناك .

قوله : وذكر ابن الصباغ أن الحاكم ليس له أخذ مال الغائب المغصوب ، وفي كلام الإمام وغيره ما ينازع فيه ويشعر بأنه يأخذه ويحفظه له . انتهى.

واعلم أن قبض الحاكم أموال الغائبين ديوناً كانت أو أعياناً قد ذكره الرافعي في مواضع من هذا الكتاب ، واختلف فيه كلامه وكلام « الروضة» أيضاً وقد سبق إيضاحه وبيان ما عليه الفتوي في أول التفليس فراجعه .

قوله : وإذا ثبت القصاص لجماعة اقتص منهم واحد بالقرعة . ثم قال : وهل يدخل في القرعة من يعجز عن الاستيفاء كالشيوخ والصبيان والنسوة ؟ فيه وجهان : أحدهما : نعم، لأنه صاحب حق فإن خرجت له القرعة استناب من يقدر عليه .

والثاني : لا؛ لأنه ليس أهلاً للاستيفاء والقرعة إنما تجرى بين المستويين في الأهلية .

والأرجح الأول عند صاحب « التهذيب » ، والثاني عند القاضي ابن كج وأبي الفرج والإمام وغيرهم ، وعن بعض الأصحاب طريقة قاطعة به . انتهى كلامه.

فيه أمور :

أحـــدها : أن تعبيره بالصبيــان سهو ولذلك حذفه من « الروضة » لأن المستحقين إذا كان فيهم صبى لا يقـتل الجاني إلا بعد بلوغه ومطالبته ، وقد يحمل ذلك على ما إذا حكم بالقتل حاكم يرى إجابة البالغ إذا طلبه .

الأمر الثـاني : أن هذا الكلام يقتضي أن الأكثرين على عدم الدخول ؛ ولذلك صرح بتـصحيحـه في « الشرح الصغـير » فقال : أظهـرهما المنع ؛ وقطع به بعضهم .

هذا لفظه ، وصحح عكس ذلك فـي المحرر والغريب أنه عبـر بالأظهر أيضاً فقال : والأظهر أنه يدخل في القرعة من يعجز عن الاستيفاء كالشيخ والمرأة ، فإذا خرجت له استناب .

هذه عـبـارته . وقد وقـع هذا الاختـلاف للنووي أيـضاً فـصـحح في «المنهاج» : أنه يدخل وقـال في « الروضة » : أصحـهما عند الأكـثرين لا يدخل .

واعلم أن هذه المسألة قـد نص عليها الشافـعي في « الأم » وصرح بأن العاجز لا يدخل فقال في باب تشـاح الأولياء على القصاص ما نصه : ولا يقرع لامرأة ولا يدعها وقتله لأن الأغلب أنها لا تقدر على قتله إلا بتعذيبه، وكذلك لو كان فيهم أشل اليمنى أو ضعيف أو مريض لا يقدر على قتله إلا بتعـذيبه أقرع بين من يـقدر على قتله ولا يعـذبه بالقتل هذا لفظ الشـافعي بحروفه ومن الأم نقلته .

وذكر بعده بدون صفحة مسألة قريبـة من مسألتنا فقال : قال الشافعي : وإذا اقترع الولاة فخرجت قرعة أحدهم وهو يضعف عن قتله أعيدت القرعة على الباقين ، وهكذا تعاد أبداً حتى تخرج على من يقوى قلبه . انتهى .

وصورة هذا في صحيح يجبن عن الاستيفاء ونحو ذلك .

الأمـر الثـــالث : أن النووي قد حـذف من « الروضة » الطريقـة بالمنع المذكورة في كلام الرافعي ، هذا مع أن الرافـعي قد ذكرها مرتين ؛ مرة عند حكاية الخلاف، ومرة في آخر المسألة عند الكلام على إعلام عبارة «الوجيز».

واعلم أن القاضي الحسين في « تعليقه » قال : إن المرأة إذا كانت جلدة قوية كان لها أن تستوفي القصاص ؛ ذكره في المسألة المعقودة لإرث المرأة القصاص .

قوله : وإذا قتل رجلاً له ابنان فبادر أحد الإبنين بقتل الجاني ، نظر: إن قتله قبل عفو أخيه فلا قصاص في أظهر القولين لمعنيين أظهرهما أنه صاحب حق في المسبوق فتكون شبهة ، والثاني أن من علماء المدينة من ذهب إلى أنه يجوز لكل واحد من الورثة الانفراد عن الباقين أم لا .

وإن قتل بعد عفو الأخ وهو عالم بعفوه فإن لم يحكم الحاكم بسقوط القود فيترتب عليه ما قبل العفو ، فإن أوجبناه هناك ففيما هنا أولى وإن لم نوجبه فوجهان يبنيان على المعنيين إن عللنا بأنه صاحب حق وجب لسقوط الحق وهو الأصح ، وإن عللنا بشبهة الاختلاف فهو قائم إقصاء وإن حكم الحاكم بالسقوط فعليه القصاص قولاً واحداً لانتفاء المعنيين ، وإن كان جاهلاً بالعفو يترتب على ما إذا كان عالماً ، فإن لم توجب القصاص عند العلم فعند الجهل أولى ، وإن أوجبناه عند العلم فوجهان على الخلاف فيما إذا قتل من عرفه مرتداً ، وقد مر أن الأظهر الوجوب . انتهى كلامه.

لم يتعرض ـ رحمه الله ـ في القسم الأخير وهو حالة الجهل إلى التفصيل بين أن يحكم الحاكم أم لا ؟ كما تعرض له في حالة العلم، والمنقول فيه أن القصاص يجب بلا خلاف . كذا صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما .

قوله :وحيث قلنا : لا قصاص عليه ، فللأخ الذى لم يبادر نصف الدية ، وممن يأخذ ؟ فيه قولان : أحدهما : من أخيه المقتص لأنه استوفي حق أخيه مع حق نفسه فصار كما إذا أودع إنسان وديعة ومات عن ابنين فأتلفها أحدهما .

وأصحهما من تركة الجاني لأن القائل فيما وراء حقه كالأجنبى،وفي

قول مخرج أنه يتخير بينهما ، فإن قلنا : إنه على أخيه فإن أخاه بريء، ولو أن وارث الجاني ابن المبادر عن الدية فلا يسقط النصف الذى ثبت عليه لأخيه ، وأما النصف الثابت للوارث فينبني على أن التقاضى في الديتين هل يحصل بنفس الوجوب؟ ؛ إن قلنا نعم؛ فالعفو لغو ،وإن قلنا لابد من التراضي فيصح الإبراء ويسقط ما ثبت للوارث على الابن المبادر ويبقي للابن القاتل النصف في تركة الجاني على المبادر دية تامة وله في تركة الجاني نصف الدية فيقع في التقاض .. إلى آخره .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من بقاء حق الابن المبادر قد تبعه عليه في «الروضة» يضاً ، وهو عجيب جداً ؛ فإنه لا يوافق إلا المعنى الضعيف من المعنيين المذكورين في أول المسألة وهو قول بعض علماء المدينة، لا على المعنى الذى صححه وهو أنه صاحب حق في المستوفى بل قد ذكر في هذه المسألة وفي التي قبلها مواضع تناقضه .

منها : تعبيره في أول المسألة بقوله لأنه استوفى حق أخيه مع حق نفسه.

ومنها تنظيرهم بالوديعة المشتركة إذا أتلفها .

ثم إن الموجود في كتب المذهب خلافه ؛ فقد نص في « التنبيه »[١] على أنه يكون مستوفياً لحقه ، وكذلك إمام الحرمين في « النهاية » وابن الصباغ في « الشامل » والغزالي في « البسيط » ، ومجلى في « الذخائر » وغيرهم.

وقال في «التتمة » : إنه الصحيح ، قال : لأن له فيه شركاء فصار كما لو اشتريا شيئاً فباعه أحد المشترين .

قال : ومن علل من أصحابنا سقوط القصاص باختلاف العلماء ولم

---

(١) انظر : « التنبية » (ص / ٢١٨) .

يجعل للشركة تأثيراً لا يكون مستوفياً .

هذا كلامه ، والوجه الذى حكاه غريب في النقل ، وهذا يخالف ما لو قبله بعد عفو أخيه فإنه لما لم يبق له حق في القصاص لم يكن مستوفياً لحقه فأوجبنا الدية بكمالها .

الأمـر الثـاني : أنه جازم هنا بحصول التـقاض ولكنه متردد في أنه هل يتوقف على الرضا أم لا ؟ وقد تبعـه عليه في « الروضة » أيضاً وهو غريب فـإنهمـا قد ذكـرا في الكلام على التـقاض وهـو في باب الكتابة أن شـرط التقـاض أن يكون الدينان نقدين وضـعفـا تعديه إلى المثليـات وأضعف منه عندهما تعـديه إلى المتقومـات ، وهو نظير مسـألتنا ؛ لأن الواجب هنا هو الإبل وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى لغرض يتعلق به .

قوله : فـإن عفى أحـد الإبنين على مال ثم بـادر الآخـر بعـد الـعفـو قال الـرافعي : فيـعود الخـلاف في أن الأخ العافي ممن يـأخذ ؟ انتــــهى ملخصاً.

وهذا الذى ذكره من عود الخلاف بعد العفو قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً وهو غـير مستقـيم لأن حقه من عينه قـد سقط بالعفو فكيف يـتخيل مطالبـة متلفهـا ؟ وأيضاً فـيلزم ما يجـمع على أخيه بين قـتل ونصف دية، وذلك بدل ونصف كـمبدل واحـد ، وقد ذكـر المسألة بعـد ذلك في الكلام على العفـو على الصواب فقـال في الكلام على استيـفاء الوكيل بعد عـفو الموكل : إنه إذا وكل رجلاً في القـصاص ثم عفى عنه على مـال ثم اقتص الوكيل غير عالم بالعفـو فلا قصاص على المنصوص، ولكن تجب عليه الدية في أصح القولين ، ثم قـال ما نصه : ثم الدية الواجبة بقـتل الوكيل لورثة الجـاني لا تعلق للموكـل بها بخـلاف ما إذا ثبـت القصـاص لابنين فبـادر أحدهما بقتله فـإن فيه قولين ، وفرق بينهما بأن الـقاتل هنا أتلف حق أخيه فتعلق الأخ ببـدله وهاهنا قتله بعد سقـوط حقه ، وحكى ابن كج أن بعض

الأصحاب جعله على الخلاف في الابنين .

هذا كلامه . وحاصله أن الأخ إذا قتل بعد العفو أنه لا يجري القولان لأنه لم يتلف حق أخيه ، ولو لم يكن الأمر كذلك لكان الفرق المذكور فاسداً .

قوله : والواحد إذا قتل جماعة قتل بالأول ، فلو كان وليه غائباً أو صبياً أو مجنوناً حبس القاتل إلى أن يحضر ولى الأول أو يكمل حاله ، وفي « إبانة » الفوراني قول عن رواية حرملة أن للثاني أن يقتص ويصير الحضور والكمال مرجحاً .

ثم قال بعده : وإن قتلهم معاً أقرع بينهم فلو كان ولى بعض القتلى غائباً أو صبياً أو مجنوناً فالقياس الظاهر: الانتظار إذا قلنا : لابد من الإقراع ، وفي « الوسيط » عن رواية حرملة : أن للحاضر والكامل أن يقتص ويكون الحضور والكمال مرجحاً كالقرعة . انتهى كلامه.

وهو كالصريح في استغراب النقل الأخير عن حرملة دون الأول فإنه ضعف الأخير واقتصر على نقله عن « الوسيط »، وذكر في « الروضة » ما هو أبلغ منه فإنه جزم في الأول بحكاية قولين وقطع في الثاني بالانتظار فإنه عبر عنه بالمذهب .

وما ذكراه غريب مؤذن بعدم التأمل لما سبق منهما هاهنا؛ فإن الغائب ونحوه في الصورة الأولى قد ثبت لهم التقديم بالقتل وليس للنافين منازعتهم فيه لأن الفرض أن مروثهم قد سبق قبله ، وفي الصورة الثانية لم يثبت لهم ذلك .

فإذا لم ينظر لهم في الصورة الأولى لزم أن لا ينظر أيضاً في الصورة الثانية بطريق الأولى .

ولاشك أن الغزالي كان يلازم النظر في الإبانة لكونه أخذ ترتيب كتبه

من ترتيبها فرأي فيه النقل في المسألة الأولى فاستعمله في بعض ما دخل فيه من الصور ، وقد تفطن الرافعي لشيء مما ذكرته في الكلام على عبارة « الوجيز » .

قوله :ثم الكلام في فروع : أحدها : العبد إذا قتل جماعة أحراراً أو عبيداً هل يقتل بجميعهم ؟ فيه وجهان : أحدهما : نعم لأن في تخصيصه ببعضهم تضييع حق الآخرين، ولأن العبد لو قتل جماعة خطأ يتضاربون في رقبته فكذلك في القصاص، بخلاف الحر فإن جناياته لا تتداخل إذا كانت خطأ فكذلك في القصاص ، وهذا ما أورده ابن كج.

وأصحهما عند الإمام والروياني وغيرهما أنه لا يقتل بهم جميعاً ويكون بمنزلة الحر المعسر يقتل بواحد وللباقين الديات في ذمته إلى أن يلقي الله تعالى. انتهى كلامه.

هذا الكلام مقتضاه تصحيح الثاني ، وقد صرح به في « الروضة » فقال: وأصحهما عند الأكثرين كذا وكذا .

وما ذكره غريب فقد ذكر هو في آخر باب العاقلة في الكلام على جناية العبد أن المال المتعلق برقبة العبد لا يتعلق بذمته على الأصح عند الأكثرين ، وهو اختلاف عجيب بالنسبة إلى «الروضة» ؛ فإن الرافعي لم يتعرض للأكثرين في الموضعين ، لا جرم أن الإمام مشى في الموضعين على نمط واحد ، ولما حكى - أعني الإمام - الوجه الأخير قال : وزعم هؤلاء أن هذا يخرج على خلاف سيأتي في أن العبد هل له ذمة في الجنايات؟ .

قوله : لينصب الإمام من يقيم الحدود ويستوفي القصاص ويرزقه من خمس الخمس ، فإن تعذر فالأجرة في القصاص على المقتص منه ، وقيل على المستحق ، وأما في حدود الله تعالى وقطع السرقة فعلى المحدود أيضاً والسارق ، وقيل : في بيت المال .

ثم قال : وفي كلام الأئمة ترتيب الخلاف في أجرة الجلاد في الحد على الخلاف في القصاص ، فإن قلنا : تجب في بيت المال ، فأجرة الجلاد في الحد على بيت المال بطريق الأولى .

وإن قلنا : إنها على المقتص منه ، ففي الحدود تجب على المحدود أو في بيت المال ؟ فيه وجهان : انتهى كلامه .

وهو غير منتظم ؛ فإن كلامه الأول ليس فيه إثبات قائل بأن أجرة القصاص في بيت المال، وكلامه آخراً يدل على إثباته أن الخلاف في الحد مرتب عليه ، وقد أسقط النووي من « الروضة » هذا الوجه فلم يذكره ، وسبب إسقاطه عدم انتظام كلام الرافعي له ، ولا شك أن الرافعي ظن أنه قدمه ففرع عليه ؛ فتلخص أن كلاً منهما يرد عليه شيء .

قوله : وإذا قلنا : بالوجوب في بيت المال والتصوير فيما إذا لم يكن في بيت المال ما يمكن صرفه إليه فيستقرض الإمام على بيت المال إلى أن يجد سعة .

قال الروياني : أو يستسخر بأجرة مؤجلة أو يستأجر من يقوم به والاستئجار قريب والاستسخار بعيد ، وبتقدير أن يجوز ذلك فيجوز أن يأخذ الأجرة ممن يراه من الأغنياء ويستأجر بها . انتهى كلامه .

وما دل عليه من تضعيف التسخير واستبعاده قد جزم به . في نظير المسألة وهو في غسل الميت ناقلاً له عن جماعة ؛ ذكر ذلك في الباب الثاني في كيفية الجهاد فقال : وأطلق مطلقون القول بأنه إذا عين الإمام رجلاً وألزمه غسل الميت ودفنه لم يكن لذلك المقهور أجرة ، واستدرك الإمام فقال: هذا إذا لم يكن للميت تركة ولا في بيت المال متسع والتفصيل حسن. هذا كلامه .

قوله : ولو استقل المقذوف باستيفاء حد القذف بإذن القاذف وبغير

إذنه ففي الاعتداد به وجهان . انتهى .

والصحيح عدم الاعتداد ؛ كذا صححه الرافعي في باب حد القاذف وتابعه عليه في الروضة وصرح بتضعيف مقابله فقال : وفي وجه ضعيف يقع الموقع . هذه عبارة « الروضة » .

قوله : ولو قال الجاني : إنما أقتص من نفسي لم يمكن في أظهر الوجيهن.

ثم قال : يمكن السارق إذا قال : أقطع بنفسى ، وفيه وجهان يحسن ترتيبهما على الخلاف في أنه هل يمكن من الاقتصاص من نفسه والتمكين هاهنا أولى ؛ لأن الغرض التنكيل ويحصل ذلك بفعل السارق أو هو أشد وهناك الغرض التشفي . انتهى كلامه .

والصحيح في السارق أنه لا يمكن ؛ فقد قال الرافعي في أوائل الباب الثاني من أبواب الوكالة : إنه ظاهر المذهب، وتابعه عليه في « الروضة » ورجح هنا في أصل « الروضة » أنه يمكن فقال : وهل يمكن إذا قال : أقطع بنفسى ؟ وجهان ؛ أقربهما: نعم . هذا لفظه .

وكأنه توهم أن الأولوية تقتضي تصحيح العكس فصرح به غير مستحضر لما سبق منه في الوكالة فوقع في صريح التناقض .

الفصل الثاني

في أن القصاص على الفور

قوله في الروضة : ولو التجأ الجاني إلى المسجد الحرام، قال الإمام: أو غيره من المساجد، أخرج منه وقتل، لأن هذا تأخير يسير وفيه صيانة للمسجد ، وفيه وجه ضعيف أنه تبسط الأنطاع ويقتل في المسجد تعجيلاً لتوفية الحق وإقامة للهيبة .

قلت : ولو التجأ إلى الكعبة أو إلى بيت ملك لإنسان أخرج قطعاً ، والله أعلم .

وما ذكره من نفي الخلاف في الكعبة وإخراجها عن باقي المسجد قد خالفه في «التتمة» فقال :لو التجأ إلى المسجد الحرام أو إلى الكعبة أو إلى مسجد النبي ﷺ أو غيرها من المساجد أخرج واستوفى القصاص ، فلو أراد الاستيفاء فيه لم يجز إن لوث المسجد وإلا بأن فرش فيه الأنطاع كره ذلك . هذا كلام « التتمة » .

قوله : الثالثة : لا يؤخر قصاص الطرف لشدة الحر والبرد ولا لعذر المرض وإن كان محظراً بخلاف قطع السرقة والجلد في حدود الله تعالى لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة . انتهى كلامه .

والتأخير في حدود الله تعالى بالمرض محله إذا كان المرض مرجواً ، فإن لم يرج زواله لم يؤخر له الجلد .

كذا صرح به الرافعي في باب حد الزنا ، وكلامه هنا ربما يشعر به .

قوله : والمرأة الحامل لا تقام عليها حدود الله تعالى قبل الوضع . انتهى .

وإذا وضعت فلا بد من انقضاء النفاس أيضاً . كذا جزم به ابن الرفعة في « الكفاية » .

قوله : وإذا بادر الولي فقتل الحامل أثم ، ووجبت غرة إن انفصل الجنين ميتاً . انتهى .

تابعه في « الروضة » على تقييد الوجوب بحالة انفصال الجنين ، والصحيح على ما صرح به في باب الغرة أن الانفصال لا يشترط حتى إذا قدت نصفين أو شق جوفها بعد القتل فتحققنا الجنين أوجبنا الغرة .

قوله : فلو بادر مستحق القصاص والحالة هذه ـ أي بعد الوضع وقبل سقي اللبا أو قبل وجود مرضعة ونحو ذلك ـ فقتلها فمات الطفل ففي تعليق الشيخ أبي حامد أنه قاتل عمداً فيلزمه القود إلحاقاً بما إذا حبس رجلاً في بيت ومنعه الطعام والشراب وكذا حكاه القاضي ابن كج عن النص وعن الماسرجسي قال : سمعت ابن أبي هريرة يقول : عليه دية الولد .

فقلت له : أليس لو غصب طعام رجل في البادية أو كسوته فمات جوعاً أو برداً لا ضمان عليه ؟، فما الفرق ؟ فتوقف ، ثم لما عاد إلى الدرس قال : لاضمان فيهما جميعاً ، وهذا مصير إلى نفي القصاص بطريق الأولى . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن سليماً الرازي قد نقل في « تعليقه » عن الشيخ أبي حامد وجوب الدية والكفارة وعلله بقوله : لأن الجنين يحيا بحياة الأم ويموت بموتها، فإذا قتل الأم فقد صار قاتلاً له ، ولأنه كالرجل يحبس غيره بكرة ولا يطعمه ولا يسقيه حتى يموت .

الأمر الثاني : أن ما دلت عليه هذه الحكاية التي نقلها ـ رحمه الله ـ عن

ابن أبي هريرة من استقرار جوابه على عدم الضمان قد نقلها عنه القاضي أبو الطيب في «المجرد»، ثم رأيت في باب القصاص بالسيف من تعليق القاضي المذكور بسنده عكسه ونقله عنه ابن الرفعة في « المطلب » وفي « الكفاية » أيضاً فقال - أعني القاضي - : سمعت أبا عليّ بن أبي هريرة يقول : لا يضمنه لأن أكثر ما فيه أنه حال بينه وبين ما يقوم به فهو بمنزلة ما لو أخذ زاده في البرية فمات من الجوع فإنه لا يضمنه كذلك هاهنا .

قال الماسرجسي : ثم سمعته يقول بعد ذلك : إن عليه القصاص فإنه لو حبس رجلا في بيت ومنعه الطعام والشراب فمات وجب عليه القصاص كذلك هاهنا . انتهى كلامه .

وقد اقتضى كلام الرافعي الجزم بأن منع الزاد من غير حبس لا يقتضي وجوب الضمان ، وجزم الماردي في باب الأطعمة في الكلام على المضطر بوجوب الدية في الحر .

قوله : ولو ادعت المرأة أنها حامل ولم تقم بينة على ظهور [مخائل][1] الحمل فقال الإصطخري : لا يقبل قولها لأن الأصل عدمه ، وقال الأكثرون :يقبل لأن لحمل له أمارات خفية تختص الحامل بمعرفتها وتتعذر إقامة البينة عليها فقبلنا قولها فيه كالحيض . انتهى.

وما ذكره في آخر كلامه من التعذر في الحيض قد تناقض فيه كلامهما وأوضحته في الشهادات ، فراجعه .

قوله في المسألة : وذكر في « الوسيط » أنا إذا قلنا بالوجه الأول فلا يمكن استيفاء القصاص من منكوحة يخالطها زوجها ، فإن كان مراده فيما إذا ادعت الحمل فمسلم ، وإن كان المراد منع القصاص بمجرد الوطء من غير دعواها الحمل فهو ممنوع لأن الأصل عدمه . انتهى.

---

(١) أي علامات .

ذكر مثله في « الروضة » فيه أمران :

أحدهما : أن نقله عن الوسيط تفريع ذلك على الوجه الأول سهو ، بل صوابه وهو المذكور فيه إنما هو تفريعه على الثاني فهو واضح أيضاً .

الأمر الثاني : أن إنكاره منع القصاص لمجرد دعوى الحمل مردود مخالف لما سبق في الفرائض فإنه قد قال : ومهما ظهرت مخائل الحمل فلابد من التوقف، وإن لم تظهر مخائله وادعته المرأة ووصفت علامات خفية ففيه تردد للإمام والظاهر الاعتماد على قولها ، وطرد التردد فيما إذا لم تدعه ولكنها قريبة عهد بوطء واحتمال الحمل قريب . هذا كلامه .

واعلم أن الماوردي قال : لا يقبل قول المرأة إلا باليمين ، وادعى ابن الرفعة أنه لا خلاف فيه وهو كلام غير محرر ، بل إن قلنا بامتناع القول بمجرد الوطء من غير دعوى الحمل فلا يمين أصلاً ، وإن قلنا لا بد من دعوى الحمل فادعته فيتجه ألا يتوقف على اليمين، لأن الحق هنا للغير وهو الجنين ، ولا شك أن المرأة يجب عليها الإخبار بالحمل ، فإن سكتت عنه فمات وجب الضمان على عاقلتها في وجه غريب حكاه ابن داود في «شرح المختصر » ، والمتجه أن الزوج لا يمنع من وطء المرأة وإن كان يؤدى إلى منع القصاص على ما سبق .

قوله في « الروضة » : فرع : إذا قتلت الحامل على خلاف ما أمرناه نظر: إن بادر إليه الولي مستقلاً أثم ووجبت غرة الجنين إن انفصل ميتاً وتكون على عاقلة الولي ، وإن انفصل حياً متألماً فمات وجبت الدية .

وإن أذن له الإمام في قتلها نظر إن كانا عالمين أو جاهلين فالصحيح المنصوص أن الضمان على الإمام لأن البحث عليه وهو الآمر به ، وقيل: على الولي لأنه المباشر ، وقيل: عليهما بالسوية . انتهى كلامه .

وقد ذكر الرافعي طريقة قاطعة نقلها عن الشيخ أبي حامد أن الضمان

يجب على الإمام عند جهلهما ، وأسقط النووي هذه الطريقة من «الروضة» .

قوله :وإن كان الإمام عالماً والولى جاهلاً فإن أوجبنا على الإمام إذا علما فهاهنا أولى وإلا فوجهان ، وإن كان بالعكس فالمشهور وجوبه على الولى ، وقيل: على الإمام .

ثم قال - أعني الرافعي - بعد ذكره للأقسام الأربعة ما نصه : ويخرج مما سقناه أربعة أوجه : وجوب الضمان على الإمام مطلقاً ، ووجوبه على الولى مطلقاً ، والشركة مطلقاً ، ووجوبه على الإمام إذا كانا عالمين أو جاهلين وعلى الولى إذا اختص بالجهل . انتهى كلامه .

وما ذكره من حكاية وجه بالاشتراك مطلقاً فسهو سلمت منه « الروضة» فإنه لم يتقدم له ذكر في القسم الأخير وهو ما إذا كان الإمام جاهلاً والولى عالماً بل ذكر أن المشهور أنه على الولى ، وقيل على الإمام ، ولا يأتي أيضاً في العكس وهو ما إذا كان الإمام وحده عالماً فإنه قال : إن قلنا: يجب الضمان على الإمام فيما لو كانا عالمين فهاهنا أولى وإلا فوجهان من الخلاف فيمن عليه قرار الضمان في تقديم الطعام . ومقتضى هذا أنا جعلناه على المباشر اختص به أولى أو على المقدم اختص به الإمام فلا شركة ؛ فتلخص أن وجه الشركة مطلقاً إنما يأتي مع علمهما وجهلهما .

قوله في « الروضة » : وحيث ضمنا الولى فالغرة على عاقلته والكفارة في ماله ، وحيث ضمنا الإمام فإن كان عالماً ففي ماله وإن كان جاهلاً فعلى القولين في أن ما يجب بخطأ الإمام في الاجتهاد هل هو على عاقلته أم في بيت المال ؟ أظهرهما على العاقلة .

وإذا قلنا : الدية والغرة في بيت المال ، ففي الكفارة وجهان : انتهى كلامه .

وما ذكره في حال علم الإمام صريح في أن الغرة في مال نفسه لا على عاقلته ولا على بيت المال ويدل عليه حكاية القولين في القسم الأخير وهو ما إذا كان جاهلاً أن الغرة والدية هل تجبان في بيت المال أو على عاقلته ، وهذا الذي ذكره غلط على العكس مما ذكره الرافعي ؛ فإن المجزوم به في الرافعي أنها على عاقلته فإنه قال ما نصه : التفريع حيث أوجبنا الضمان على الولي فالغرة على عاقلته والكفارة في ماله، وحيث أوجبناه على الإمام فإن كان عالماً فكذلك وإن كان جاهلاً فعلى القولين .

هذه عبارة الرافعي وعلله في أول المسألة بأن الجنين لا يباشر بالجناية ولا يتيقن جناية فإهلاكه خطأ أو شبه عمد، ثم إن النووي قد صرح بالوجوب على عاقلة الجاني مع العلم كما سبق من لفظه فما الذي تخيله في الفرق بينهما ؟ وحكى الرافعي في باب ضمان إتلاف الإمام طريقة ضعيفة أنه يأتي مع العلم القولان المذكوران مع الجهل .

قوله : ونقل أبو الفرج السرخسي وجهين في أنه هل يعتبر علم الولي مع الإمام والجلاد وقال : أصحهما أنه يعتبر حتى إذا كان عالماً وهما عالمان بكون الضمان عليهما أثلاثاً . انتهى .

والأصح على ما صححه النووي في أصل « الروضة » ما رجحه السرخسي إلا أن إطلاق هذا التصحيح غير مستقيم لأن الأصح فيما إذا كانا عالمين أو جاهلين أن الضمان على الإمام خاصة فكيف يستقيم مع ذلك ما صححه هنا؟ فالصواب تفريع هذه المسألة على القول بالوجوب عليهما إذا كانا عالمين .

قوله : هذا كلامنا في ضمان الجنين وأما الأم فلا يجب ضمانها لأنها تلفت في حد أو عقوبة وجب عليها . قال في «التهذيب» : هذا إذا ماتت

من ألم الولادة تجب ديتها ، وإن بانت منهما تجب نصف ديتها . انتهى كلامه .

وهذا الذى ذكره في « التهذيب » لا بد منه ، وقد أعاد الرافعي المسألة بعد كتاب الحدود في باب ضمان الولادة ثم نقل هذا الاستثناء عن الشيخ أبي حامد وغيره .

الفصل الثالث

في كيفية المماثلة

قوله : الثانية : إذا قتله باللواط وهو مما يقتل غالباً فالأصح وجوب القصاص ثم قتل بدس خشبة في دبره قريبة من السه ويقتل بها ، والأصح قتله بالسيف لأنه قتل بفعل محرم في نفسه فأشبه السحر .

ثم قال ما نصه : قال في « التتمة » : وموضع الوجهين ما إذا كان موتاً متوقعاً من المقابلة بمثل ما فعل أما إذا لم يتوقع وكان موت المجنى عليه لطفوليته ونحوها فلا معنى للمقابلة . انتهى.

وما نقله عن المتولى قد صرح به أيضاً الإمام فقال : وهذا إذا كان يظن أنه يهلك به فإن لم يهلك بذلك التحق بالضربات في حق النحيف والجاني لا يهلك بها . هذا كلامه .

وذكر الرافعي بعد هذا بدون الورقة عن الإمام كلاماً عاماً تندرج فيه مسألتنا فقال : قال الإمام : لو قتل نحيفاً بضربات تقتل مثله غالباً وتيقناً أو ظننا ظناً مؤكداً أن الجاني في جسمه وقوته لا يهلك بتلك الضربات فالوجه القطع بأنه لا يضرب بتلك الضربات، لأنها لا تقتله، وإنما تراعى المماثلة إذا توقعنا حصول الاقتصاص بذلك الطريق ثم بدا له بالآخرة احتمال آخر . انتهى كلامه .

واعلم أن التعليل المذكور في منع الاقتصاص بمثل فعلة القاتل في مسألتنا يحتاج إلى تحقيق وتأمل لأن الجنايات كلها محرمة بدون أسبابها ؛ فالقاتل بالسيف أو النار أو الماء أو الحجارة ونحوه يحرم قتله أيضاً به لولا المماثلة لاسيما وقد عهدنا جواز إدخال خشبة ونحوها في المحل المذكور لأجل الاحتقان ونحوه .

قوله : الثالثة : إذا سقاه خمراً حتى مات قتل بالسيف في الأصح ، فأما البول فعن القاضي الحسين وجهان : أحدهما : أنه كالخمر .

والثاني : يسقى البول لأنه يباح عند الضرورة بخلاف الخمر. انتهى .

والأصح الأول . كذا صححه النووي في أصل « الروضة » لا من «زيادته » فاعلمه .

قوله : وفي الضرب بالمنقل يراعى الحجر وعدد الضربات ، وإذا تعذر الوقوف على قدر الحجر أو قدر النار أو عدد الضربات فعن القفال أنه يقتل بالسيف ، وعن بعضهم يؤخذ باليقين . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه أهمل موضع الضربات ولا بد من اعتباره أيضاً كما في الاستيفاء بالمحدد ، وقد صرح بذلك الماوردي وغيره . نعم إن عدل عنه إلى موضع يكون الموت فيه أسرع جاز .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد صحح في كتاب الشهادات الوجه الثاني ذكر ذلك في باب الرجوع عن الشهادة في الكلام على من شهد بزنا محصن ثم رجع ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى لغرض يتعلق به وصححه أيضاً هنا النووي من زوائده ذاهلاً عن تصحيح الرافعي له هناك ، وتصحيحهما لذلك في غاية الإشكال لأنا إذا علمنا قدر الحجر فأراد المقتص العدول عنه إلى ما دونه لم يجز كما دل عليه كلام الرافعي المتقدم، وسببه ما فيه من طول التعذيب ، فإذا كان التساوى في المقدار شرطاً في جواز الاستيفاء بالحجر وهو غير حاصل عند الشك في مقداره فلا يكون ضربه بالقدر المحقق محققاً جوازه لجواز أن يكون أكبر ؛ إذ لا فرق في المنع بين الأكبر والأصغر، فليس الآخذ باليقين هنا متيقن الجواز، فإن ذلك ليس لمن أخذ دون حقه، فظهر بذلك ضعف هذا الوجه بل بطلانه .

قوله : الحالة الثانية : أن تكون الجراحة بحيث لا يقتص منها لو وقعت كالجائفة وقطع اليد من نصف الساعد فقولان : أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وغيره من العراقيين والروياني أنه يستوفى بذلك الطريق تحقيقاً للمماثلة .

وأظهرهما عند صاحب التهذيب أنه يعدل إلى الشق لأن ما لا قصاص فيه لا ينضبط ولا يوثق فيه بالمماثلة . انتهى ملخصاً.

وحاصله رجحان الأول ، وكلامه في « الشرح الصغير » أظهر في ذلك فإنه اقتصر على نقل ترجيحه ولم يذكر ترجيح صاحب « التهذيب » لكن كلام «المحرر» يشعر برجحان الثاني فإنه قال: فيه قولان ؛ رجح كثيرون: تعين السيف. هذا لفظه .

وقد صرح النووي بالترجيح في اختصاره للكتابين فوقع في صريح التناقض فقال في « الروضة » : أظهرهما عند الأكثرين أنه يستوفى بما فعل وصححه أيضاً في « تصحيح التنبيه » .

وقال في « المنهاج » : ولو مات بجائفة أو كسر عضد الحز .

وفي قول كفعله . هذا لفظه .

ومحل القولين ما قاله الماوردي إذا لم يرد العفو . قال : فإن أراد العمل به مع عفوه عن النفس لم يجز في الصورتين لأنه قد صار بالعفو عن النفس كالمنفرد عن السراية ، ونقل الرافعي مثل هذا عن البغوي في الجائفة خاصة وأقره عليه حتى قال : إنه لو أخافه ثم عفى عنه عزر على ما فعل ولم يجبر على قتله .

قوله : وإذا وجب القصاص في اليمين فاتفقا على قطع اليسار بدلاً عنها لم يكن بدلاً ولا قصاصاً في اليسار بل تجب ديتها وفي سقوط قصاص اليمين وجهان : أحدهما : لا ؛ لفساد المعاوضة .

والثاني : نعم ؛ لأن ذلك عفو عن اليمين ، قال ابن الصباغ : وهذا أصح . انتهى ملخصاً.

والأصح ما رجحه ابن الصباغ فقد قال المتولي : إنه المذهب ، والروياني في « البحر » إنه الأصح ، وصححه النووي في أصل «الروضة» وقال القاضي حسين : إن علم الحكم لم يسقط وإن ظنه سقط .

قوله : فلو أن مستحق القصاص في اليمين طالب الجاني بإخراج اليمين فأخرج يساره فقطعها المستحق ، وقال الجاني : دهشت فأخرجت اليسار ، وقال القاطع أيضاً : دهشت فلم أدر ما صنعت .

قال الإمام : لا يقبل منه ويلزمه القصاص في اليسار لأن الدهشة السالبة للاختيار لا تليق بحال القاطع . انتهى كلامه.

تابعه في « الروضة » على نقل وجوب القصاص عن الإمام مع أن الإمام لم يتعرض له ، والذى قاله الإمام أن الدهش لا يليق بحاله ولا بد وأن يكون قطعه صادراً عن عمد وظن اعتياض أو ظن بأن المخرج يمين . هذا كلامه .

ومعناه أن هذا القطع من المفصل المعلوم لا يكون عادة مع الدهش ولا يكون إلا مع العمد، وحينئذ فإما أن يكون ظاناً إجزاء اليسار عن اليمين أو ظاناً أن المخرج هي اليمين ، وعلى كل من التقديرين فلا قصاص عند الأصحاب، وفي الأولى احتمال للإمام وفي الثانية وجه ضعيف باتفاقهم؛ فحاصل كلام الإمام أنه لا قصاص ، وذكر الغزالي في « البسيط » كما ذكر الإمام .

نعم صرح في « الوسيط » بوجوبه، فلعل الرافعي أراده وإنما سبق القلم، وفيما قاله الغزالي نظر ، وكلام الإمام أوجه منه .

قوله :فرع : ثبت له القصاص في أنملة فقطع من الجانى أنملتين وقال:

أخطأت وتوهمت أنى أقطع أنملة واحدة صدق بيمينه ووجب أرش الأنملة الزائدة ، ويكون في ماله أو على العاقلة ؟ فيه قولان أو وجهان .

قال الروياني : والأصح الأول . انتهى .

صحح النووي في أصل « الروضة » ما رجحه الروياني .

قوله : وأما إذا وجب قطع اليمين في السرقة فقال الجلاد للسارق : أخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها فعن النقال وغيره حكاية قول أن الحكم على ما ذكرنا في القصاص ، وهذا القول ينسب إلى القديم ، ويقال أيضاً أنه مخرج ، وظاهر المذهب أنه يكتفى في الحد بما جرى ويسقط قطع اليمين ، والفرق أن المقصود من الحد التنكيل والقصاص مبني على المماثلة .

ثم قال : واستدرك القاضي الحسين فحمل ما أطلقه الأصحاب على الحالتين الأخيرتين وقال في الحالة الأولى وهي أن يخرج يساره على قصد الإباحة أو البدل وجب ألا يسقط القطع . انتهى .

والنقال المذكور هنا بنون بعدها قاف مشددة ؛ وهو الحارث بن سريج بالسين المهملة والجيم وقد بينه الرافعي في آخر باب السرقة وسوف أذكر لفظه هناك لغرض يتعلق به ، وهذا الشخص قد أوضحت حاله في «الطبقات» ، ويجوز أن يكون المذكور هنا إنما هو القفال بقاف ثم فاء ، ويكون قد أثبت ما نقله النقال بالنون فإن الروياني في « البحر » في هذا الباب قد نقله عنه إلا أنه بعد نقله عنه صرح بأنه القفال الشاشي فاعلمه .

ثم إنه بعد نقله عنه قال : إنه غريب ، ومراد الرافعي بالحالتين الأخيرتين أن يقول المخرج ظننتها اليمين أو علمت أنها اليسار وظننت أنها تجزئ .

الباب الثاني

في العفو

قوله في « الروضة » : وفي موجب العمد في النفس والطرف قولان: أظهرهما عند الأكثرين أنه القود المحض والدية بدل منه .

والثاني : أنه القصاص أو الدية . انتهى .

خالف في « النكت » التي له على « التنبيه » فصحح الثاني ، والفتوى على الأول .

قوله :ولو عفى عن القود على نصف الدية قال القاضي حسين : هذه معضلة أسهرت الجلة ، قال غيره : هو كعفوه عن القود ونصف الدية وهو صحيح . انتهى.

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً وهو يقتضي أن القاضي لم يجب فيها بشيء وليس كذلك بل الذي نقله الرافعي عن غيره قد أجاب القاضي به وذكره في تعليقته وصرح بأنه لا خلف فيه ونقله عنه أيضاً في « الكفاية ».

والجلة : بكسر الجيم وتشديد اللام تقول العرب مشيخة جلة أي : طاعنون في السن ، قاله الجوهري .

قوله : لو جرى الصلح عن القصاص على أكثر من الدية من جنسها كما لو صالحه على مائتين من الإبل ، فإن قلنا الواجب أحد الأمرين لم يصح الصلح لأنه زيادة على الواجب كالصلح من ألف على ألفين ، وإن قلنا الواجب القصاص فوجهان أصحهما الصحة إذ لا معنى للتقدير كبدل الخلع . انتهى.

واعلم أن الرافعي قد قال في آخر الباب : أنه إذا صالح عن القصاص على عبد أو ثوب جاز وإن لم تكن الدية معلومة لهما ، فإن تلفت العين قبل القبض أو خرجت مستحقة أو ردها بعيب فلا رجوع إلى القصاص . وهل يرجع بقيمة العين أو بأرش الجناية ؟ يبنى على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان العقد أم ضمان اليد ، وفيه خلاف ذكرناه في البيع . هذا كلامه .

وجزمه بذلك مع الجهل بمقدار الدية يدل على أن المقابل بالعبد والثوب القصاص دون الدية ، ويؤيده حكايته للخلاف في أن ذلك المال مضمون ضمان يد أو عقد ولم يلاحظا في ذلك النظر إلى الدية ، ومقتضى ذلك أنه لا فرق بين أن تكون قيمته تنقص عن قدر الدية أو تزيد عليها ، وإذا ظهر ذلك ظهر أن ما ذكره الرافعي هنا محله إذا كانت الإبل المصالح عليها في الذمة بالصفة الواجبة في جناية العمد فإنه يصح حينئذ أن يقال في تعليل المنع أن في المصالحة على ذلك زيادة على الواجب ، أما إذا وقع على إبل بغير تلك الصفة إما معينة أو في الذمة ؛ فهي كالمصالحة على العبد والثوب فينبغي الجزم فيها بالصحة على القولين .

قال في « المطلب » : ويرشد إلى ذلك قول القاضي في كتاب البيع حيث حكى القول بجواز بيع الصلح عن دم العبد أنه مخصوص بما إذا قلنا أن موجب العمد القود عينا أو قلنا الواجب أحد الأمرين وصرح بالمصالحة عن القود دون ما إذا صرح بالمصالحة عن الدية .

قوله : الثانية : قطع عضواً من شخص فقال : عفوت عن هذه الجناية ولم يزد ، فإن اندملت فعن نصه في « الأم » : أنه عفو عن القود ، وعن الأصحاب أنه مفرع على قولنا أن موجب العمد القود .

فإن قلنا : موجبه أحد الأمرين ، ففي بقاء الدية احتمالان للروياني . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نقل الاحتمالين فقط عن الروياني مع أن صاحب « الحاوى » قد صرح بالمسألة وجزم بأنا إذا فرعنا على هذا القول كان عفواً عنهما جميعاً .

ثم إن الاحتمالين قد سبق الروياني إليهما المحاملي وما نقله الرافعي عن النص والأصحاب ذكره الروياني في « البحر » بعينه فنقله الرافعي منه .

قوله : وإن سرى القطع إلى النفس فلا قصاص في النفس على الصحيح وأما المال فقسمان : أحدهما : أرش اليد فينظر إن جرى لفظ الوصية بأن قال : أوصيت له بأرش هذه الجناية ، فهي وصية للقاتل ، وفي صحتها قولان : أصحهما : الصحة .

ثم قال : وإن جرى لفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط فقيل هو كالوصية للاتفاق على أنه يعتبر من الثلث والمذهب أنه يسقط قطعاً لأنه إسقاط ناجز والوصية هو الذى يتعلق بالموت . انتهى كلامه.

ثم عبر بعد ذلك في « التفريع » عليه بقوله : فلا يلزمه شيء ، وهذا الذى ذكره قد ذكر مثله في « الروضة » أيضاً ، وحاصلة أن إسقاط الدين عن الوارث مسقط له أيضاً ويرتب عليه عدم اللزوم وإن كان محسوبا من الثلث للمعنى الذى ذكره ، وكذلك التمليك الناجز لكنه ذكر في أوائل الوصية في أثناء الكلام على الركن الثاني ما ظاهره المخالفة ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله أيضاً في المسألة : وإن عفى المجنى عليه عنه وعما يحدث منه فسرت إلى النفس سقط ضمان العضو ، وفي الباقي قولان : أصحهما لا يبرأ عنه ، وهذا هو الخلاف الذي سبق في الإبراء عما لم يجب

وجرى بسبب وجوبه . انتهى ملخصاً.

واعلم أن ابن الرفعة قد اعتـرض هنا على الأصحاب فقال : وعلى من صحح العـفو عن أرش الأصبع دون القدر الزائد عـليه من الدية لكونه إبراء سؤال لا يكاد يندفع ويحتاج في تقريره إلى تجديد العهد بأصلين : أحدهما: أن الإبراء عن المجهول غير صحيح على المذهب .

والثاني : أن الجراحات إذا سـرت إلى النفس فأفضى الأمر إلى الدية لا نظر إلى أروشها سواء كانت مقدرة أو غير مقدرة بل الواجب كما قال الإمام دية واحـدة عن النفس لا عن الأطراف لا يخـتلف مـذهبنا في ذلك ، وإذا كان كذلك فالإبراء حصل عما قابل الأصبع من الدية وقد بينا بآخر الأمر أن لا مقابل لهـا ، ولو قيل بأن لها مقابلا فليس هو عـشراً من الإبل بل جزءاً من الدية وهو مجهول ، وقضية ذلك أن لا تصح فيما ادعوه .

فـإن قـلت : إنما صح عـن أرش الأصـبع لأنـي أنزل الإبراء منـزلة الاقتـصاص وهو لو اقـتص في الأصبع لسـقط من الدية العشـر فكذلك إذا عفى على أرشه .

قلت : إنما سقط العشر عند القصاص قيمة لأنه استوفى ما قيمته العشر مع أنه لا يمكن رده فصار كما لو تسلم عشراً بخلاف الإبراء فإنه يقبل الرد.

فإن قلت : قـد أشار ابن الصبـاغ في آخر باب القصـاص بالسيف إلى شيء يمكن أخذ .

الجواب : مـنه وهو أنا عند السراية في مـثل هذه الحالة لا نسـقط أرش الجناية السابقة بالسراية بل نوجب بالسراية تمام الدية .

قلت : قد تقدم لنا خلاف فيما إذا قطع يده ثم ارتد ومات في الردة أن القصاص في اليد هل يجب أم لا ؟ بناء على خلاف حكـاه الأصحاب فيما إذا قطع يده فمات أنه يجوز لولى المقـتول عندنا قطع يده فإن مات وإلا جز

رقبته .

وهل يكون قطع اليد مقصوداً في الاستيفاء أم يكون القطع طريقاً في الاستيفاء ؟ والثاني هو الذى فرع عليه الأصحاب ؛ فينبغي أن تنبني هذه المسألة على هذا الخلاف .

فإن قلنا : إن قطع اليد إنما وجب طريقاً في الاستيفاء ، فالمقصود النفس فيكون الواجب ديتها فلا ينظر إلى أرش الطرف .

وإن قلنا :وجب مقصوداً ، فحينئذ يتجه الجواب .

ولك أن تجيب عن هذا بأن محل التردد إذا لم يتعلق بأرش اليد حق لغير مستحق النفس ، أما إذا تعلق فذلك الحق لا يسقط عند السراية إلى النفس ولا شيء منه ما أمكن استيفاؤه اتفاقًا وإن وجبت دية النفس .

دليله ما لو قطع يد عبد ثم أعتق ثم مات فإن حق السيد لا يسقط .وإن كان كذلك فالجاني هنا قد تعلق له حق بأرش الأصبع وهو براءته منه ، فإذا صار القطع قتلاً ووجبت دية النفس وجب ألا يسقط الحق السابق كما في حق السيد .

انتهى كلام ابن الرفعة رحمه الله .

قوله : إحداها : إذا جنى عبد على حر جناية توجب المال وعفى المجنى عليه عن أرش الجناية ثم مات بالسراية أو اندمل الجرح ثم عفا في مرض الموت فإن أطلق العفو ولم يضفه إلى السيد ولا إلى العبد أثبتت صحته على أن أرش جناية العبد يتعلق برقبته فحسب أو بها وبذمته؟ وفيه قولان :

فإن قلنا : يتعلق بالرقبة فحسب ، فيصح العفو .

وإن قلنا : يتعلق بالذمة أيضاً ، ففائدة العفو ترجع إلى العبد ؛ فينبني على الوصية للقاتل . انتهى .

وما ذكره من التخريج في السراية واندمال الجرح على الوصية للقاتل قد تبعه عليه في « الروضة » أيضاً وهو سهو ، بل التخريج خاص بالأولى ، وأما في اندمال الجرح فلا؛ إذ لا قتيل فيها ولا قاتل .

قوله :وإذا استحق على الجاني قصاص النفس وقصاص الطرف نظر إن كان مستحق هذا غير مستحق ذاك فلا شك في أن عفو أحدهما لا يسقط حق الآخر .

ومن صوره أن يقطع عبد يدى عبد فيعتق المجنى عليه ثم يسري القطع إلى نفسه فالقصاص في الطرف للسيد وفي النفس لورثته الأحرار، وإن استحقها واحد فلو عفى عن النفس وأراد القصاص في الطرف فله ذلك لأنهما حقان ثبتا له فالعفو عن أحدهما لا يسقط الآخر.

وفي « الوسيط » حكاية وجه أنه إذا عفى عن النفس فقد التزم بقاء الأطراف فيسقط قصاص الطرف ، ولم ينقل الإمام في هذه الصورة خلافاً ، بل إنما حكاه في عكسه . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في أول كلامه من نفى الخلاف حيث عبر بقوله : ولا شك . . . إلى آخره قد تابعه عليه في « الروضة » أيضاً ، وليس كذلك فقد ذهب القفال إلى سقوط قصاص الطرف بعفو الورثة عن قصاص النفس في التصوير الذى صور الرافعي به بعينه وهو قطع العبد المتقدم ذكره.

كذا حكاه إمام الحرمين في آخر « النهاية » عن الشيخ أبى عليّ عنه ، ونقله أيضًا ابن الرفعة في « المطلب » هنا عنه وعلله القفال بأن ورثته الأحرار شركاء في الطرف للسيد، فإذا عفوا عن النفس صاروا بالنسبة إلى الطرف كعفو بعض الشركاء فيسقط ، ثم رده الشيخ أبو عليّ بأنه ليس من

باب الشركة بدليل أن مستحق الطرف لا يحتاج في القصاص إلى استئذان مستحق النفس .

الأمر الثاني : من الواضحات أن القول في المسألة الثانية بسقوط الطرف عند العفو عن النفس أقرب من القول به في المسألة الأولى فإنه إذا أسقط حق الغير لما يتخيل من الشركة فعند الخلوص له أولى ، وقد ظهر لك ذلك أيضاً من كلام الرافعي فإنه عبر في الأولى بقوله ولا شك ثم ذكر الثانية وحكى فيها وجهاً عن الغزالي وتوقف فيه .

إذا علمت ذلك علمت صحة الوجه الذى ذكره في الوسيط وقائله ومن أين أخذه ، وقد توهم النووي أنه لا أصل له فقال في « الروضة »[1] : وانفرد الغزالي بحكاية وجه .

هذا لفظه ، وقد صرح في « البسيط » أيضاً بهذا الوجه وعلله بما ذكره في « الوسيط » .

قوله : ولو رمى الولى إلى الجاني ثم عفا قبل الإصابة ففي نفوذه وجهان نقلهما الإمام : أحدهما: أنه لا ينفذ ؛ لخروج الأمر عن اختياره .

وأظهرهما - وهو المذكور في « الكتاب » - أنه كقطع اليد ؛ فإن لم يصبه السهم فالعفو صحيح وإن أصابه فقتله بان أن العفو باطل، وفى وجوب الدية على العافي وجهان سبق ذكرهما في فصل تغير الحال بين الجرح والموت ، والأصح عند صاحب « التهذيب » ويحكى عن القفال أنه تلزمه الدية لأنه محقون الدم عند الإصابة . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن صاحب « التهذيب » هنا قد صرح - أعنى الرافعي - بتصحيحه في الفصل الذى نص على سبق ذكر الوجهين فيه ، وبالغ في تصحيحه مبالغة شديدة وتابعه عليه في « الروضة » أيضاً هناك

(١) انظر : « الروضة » (٩ / ٢٤٦) .

وأطلق تصحيحه أيضاً هنا .

الأمر الثاني : أن ما ذكراه هنا من تصحيح الوجوب بعد جزمهما ببطلان العفو غلط واضح فإنه إذا أبطل العفو لا يتصور إيجاب ضمان الجانى لاستحقاق العافى دية .

نعم حكى الغزالي في هذا الباب من « البسيط » في آخر الحالة السادسة وجهاً أن عفوه صحيح مع الإصابة ويلزمه ضمانه بناء على أن الاعتبار بحالة الإصابة ؛ وحينئذ فيستقيم بناء المذكور هنا عليه ، وكلام الإمام يشير إليه أيضاً ، وكلام القاضي حسين صريح فيه .

قوله : ولو وكله في القصاص ثم عزله فقتله الوكيل جاهلاً بالعزل وجبت الدية في أصح القولين ، وتكون على الوكيل ، وقيل : على الموكل . فإن قلنا : على الوكيل ، فهل هي حالة أم مؤجلة ؟ فيه وجهان حكاهما الإمام . انتهى.

والأصح على ما قاله في « الروضة » من « زوائده » : أنها حَالّة .

قوله : ولو جنت امرأة فتزوجها المجنى عليه على القصاص الثابت عليها ، أو قتلت إنساناً فتزوجها وارثه على القصاص جاز وسقط القصاص ، فإن طلقها قبل الدخول فترجع بنصف أرش الجناية أو بنصف مهر المثل ؟ فيه قولان : أصحهما - على ما ذكره صاحب التهذيب - هو الأول . انتهى كلامه.

ذكر في « المحرر » نحوه أيضاً فقال : إنه الذى رجح من القولين .

واعلم أنه إذا أصدقها تعليم سورة فعلمها ثم طلقها قبل الدخول فإنه يرجع عليها بنصف أجرة التعليم .

كذا جزم به الرافعي في باب التشطير ، وقياسه من هنا أن يكون الأصح ما قاله في « التهذيب » وقد صححه النووي في أصل « الروضة » .

قوله نقلاً عن « التتمة » : وإنه لو رمى إلى شخص أو جماعة وقصد إصابة واحد منهم - أيّ واحد كان - فأصاب واحداً ففي وجوب القصاص وجهان ؛ لأنه لم يقصد عينه . انتهى كلامه .

والصحيح عدم الوجوب . كذا جزم به الرافعي في أول الجنايات في الكلام على تقديم الطعام المسموم ، وفي آخرها أيضاً قبيل الكلام على العاقلة ، ولفظ كل من الموضعين مذكور في محله ، وقد تابعه في « الروضة » عليهما وغفل عنه هاهنا فرجح من « زوائده » الوجوب فقال : قلت : الراجح وجوبه ، والله أعلم .

كتاب الديات

وفيه أبواب :

الأول : في دية النفس .

قوله : روي أنه ﷺ قال : « إن أعتى الناس على الله تعالى ثلاثة : رجل قَتَلَ في الحرم ، ورجل قَتَلَ غير قاتله ورجل قَتَلَ رجلاً بذحل في الجاهلية »(١) . انتهى .

العتو : بالتاء المثناة : وهو التجبر والتكبر ، يقول : عتا يعتو عتواً وعتيا بضم العين وكسرها فهو عات ، وأما عثيا بالثاء المثلثة يعثو فمعناه أفسد ، وكذلك عثي بكسر الثاء يعثي بفتحها؛ قال تعالى : ﴿وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾(٢) وأما تعبيره بقوله: غير قاتله ، فهو مجاز جعل قاتل مورثه قاتلاً له ، ومنه في حديث جبير : « أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم» (٣) .

---

(١) أخرجه أحمد (٦٧٥٧) ، والحارث في « مسنده » (ـ ٦٩٧) ، وابن عدي في « الكامل » (٢/ ٤١٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

وأخرجه أحمد (١٦٤٢٣) (١٦٤٢٥) ، والحاكم (٨٠٢٥) ، والطبراني في « الكبير » (٢٢ / ١٩٠) حديث (٤٩٨) ، والبيهقى في « الكبرى » (١٥٦٧١) ، وابن أبي عاصم في « الآحاد المثاني » (٢٣٠٣) والبخاري في « التاريخ الكبير » (٧ / ٢٧٧) ، وابن عدي في « الكامل » (٤/ ٣٠٢) من حديث أبي شريح مرفوعاً .

قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

وقال الذهبي : صحيح .

وقال الهيثمي : رواه أحمد والطبرانى ورجاله رجال الصحيح .

(٢) البقرة : ٦٠ .

(٣) أخرجه البخاري (٦٧٦٩) ، ومسلم (١٦٦٩) .

وأما الذحل فهو بذال معجمة وحاء مهملة ساكنة وهو الحقد والعداوة ، يقال : طلب بذحله أي : بثأره ، والجمع ذحول ، قاله الجوهري .

والحديث المذكور رواه جماعة منهم ابن عدى في « الكامل » .

ووقع في الباب هنا ألفاظ .

منها : السن الشاغبة بشين وغين معجمة بعدهما باء ، وهي الزائدة التى خالف نباتها نبات الأسنان .

ومنها الفسطاط بيت من شعر ، وفستاط بالتاء ، وفساط بسين مشددة لغتان فيهما وكسر الفاء لغة فيهن ؛ فتحصلنا على ست لغات .

وسميت مدينة مصر بالفسطاط لأنها بنيت في الموضع الذى كانت فيه خمية عمرو بن العاص حين فتحها لما كان أميراً على الجيش .

ومنها المهرية والأرحبية نوعان من الإبل تقدم الكلام عليهما في الزكاة .

ومنها الإيالة بهمزة مسكورة وياء بنقطتين من تحت وهي السياسة وأما الثندوة فبثاء مثلثة تفتح وتضم بعدها نون ساكنة ثم دال مهملة مضمومة وواو مفتوحة إن فتحت الثاء ، وإن ضممتها قلبت الواو همز .

قوله : إحداهما : إذا قتل في دار الحرب مسلماً ظنه كافراً فلا دية في أصح القولين ، فإن أوجبنا فثلاثة أوجه : أحدها : أنها دية العمد ؛ لأنه قتله متعمداً ، والثاني : دية شبه العمد ؛ لأنه وإن تعمد القتل لم يقصد قتل المسلم ، والثالث : دية الخطأ المحض ؛ لأنه معذور في الفعل . انتهى .

لم يرجح شيئاً في « الروضة » أيضاً والصحيح الثاني ؛ فقد نص عليه الشافعي في « الأم » فقال بعد حكايته لهذه الصورة وغيرها ما نصه : وكل هذا عمد خطأ يلزمه اسم الخطأ لأنه أخطأ بأنه لم يعمد قتله وهو مسلم وإن كان عمداً بالقتل .

واعلم أن الغزالي في « الوجيز » جعل الخلاف ثلاثة أوجه فتبعه عليه الرافعي وقال في « الوسيط » : إن الأولين قولان والثالث وجه .

قوله : الثانية : إذا رمى إلى مرتد أو حربي فأسلم ثم أصابه السهم ومات فالأصح وجوب الدية وفي كيفيتها الوجوه الثلاثة المذكورة في المسألة الأولى ، وهذه الصورة أولى بأن تلحق بالخطأ لأنه لم يكن معصومًا عند الرمي ، ويشبه أن يكون هو الأظهر لما ذكرنا أن الإمام رأي القطع به فيما إذا خرج مرتداً أو حربياً فأسلم ثم مات ، ولكن في كتاب ابن كج أنه إذا أصاب سهمه من أسلم وكان مرتداً عند الرمي ولم يكن قصد إلى رميه تكون الدية في ماله لا على عاقلته لأنهم يقولون إنك لما أرسلت السهم كان الرمي مهدراً لا يلزمنا في قتله شيء . انتهى كلامه .

وما أشار إليه الرافعي من ترجيح إلحاقه بالخطأ حتى يجب على العاقلة صرح بترجيحه في « الروضة » فقال : إنه الأرجح ، وما قالاه مردود بل الصواب أنها في ماله .

كذا نص عليه الشافعي في « الأم » فقال ما نصه : إذا ارتد الرجل عن الإسلام فرماه رجل ولم تقع الرمية به حتى أسلم فمات منها فلا قصاص على الرامي وعليه الدية في ماله حالة . كذا أرش الجرح إن لم يمت منها حالا لأنه عمد .

هذا لفظه بحروفه . فانظر إلى أمثال هذه النصوص الصريحة الواضحة كيف يغفلون عنها ويتحيلون في ترجيح ضعيف مستند إلى مقالة بعض المتأخرين المعدودين من المصنفين ، ثم إن ما استدل به الرافعي من كلام الإمام على الأولوية فليس نظير ما نحن فيه لأن الإهدار هناك اقترن بالسبب الحقيقي وهو الجرح بخلاف مسألتنا ؛ ولهذا لم يضمنه هناك وضمنه هنا.

قوله في « الروضة » : فرع : الغالب أن الناقة لا تحمل حتى يكون

لهـا خمس سـنين وهي الثنيـة ، ولو حملت قـبل ذلك فـفي قـبولهـا في الخلفات قولان : أظهرهما : نعم . انتهى كلامه .

وما ذكره من جعل الخلاف قـولين هو الصواب ، وجعله في « المنهاج » وجهين ؛ فإنـه عبر بلفظ : الأصح ، والرافعي سـالم من هذا التناقض فإنه عبـر في « المحرر » أيضاً بالأصح فقط ، ولـيس له فيه اصطلاح كمـا تقدم لك ذكره .

قوله : ومن لزمته الدية فإنه لم يملك إبلاً فيلزمه من غالب إبل البلد ، فإن تعـذر لزمه النقل إلا إذا تعـدت المسافة ، وأشـار بعضـهـم إلى ضبط البعـد بمسافـة القصر . ثـم قال : وقال الإمـام: إن زادت مؤنة إحـضارها على قيمتها في موضع الغرة لم يلزمه تحصليها وإلا لزمه . انتهى .

ذكر مـثله في « الروضة » ومقـتضاه أن الإمام يعـتبر المؤنة خـارجة عن القيمة وليس كذلك وقد صرح الغـزالي في « البسيط » باعتبارها لما شخص كلام إمامه فقال : ومعنى العجز أن يبعد عن القطر بعداً تزيد قيمته مع مؤنة النقل على ما يشـتري به في المحل المطلوب وهو محل العيـر زيادة تعد عنتًا في نقل الإبل . هذه عبارته .

قوله : وإن ملك إبلاً فإن كانت من غالب إبل البلدة أو القبيلة فذاك، وإن كانت من صنف آخر أخذت أيضاً ، وقيل : يجب الغالب .

وإذا اعتـبرنا إبل من عليه فـتنوعت فوجـهان : أحدهمـا : يؤخذ من الأكبر ، فإن استويا دفع ما شاء .

والثاني : يؤخذ بالقسط .

قـال : والوجهـان مبنيـان على القـولين في الزكاة إذا تنوع النصـاب نوعين فصاعداً . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أنه يؤخذ من هذا البناء تصحيح الثاني لأنه المصحح في الزكاة ، وقد حذف النووي البناء المذكور من « الروضة » ، وحكي وجيهن فقط ، وهو اختصار عجيب .

الأمر الثاني : أنّا إذا فرعنا على الأخذ من الغالب فاستويا فقد جزم هنا بإعطاء ما شاء ، والمذكور في صدقة المواشي تفريعاً عليه أنه يتعين الأغبط وقيل يتخير .

قوله : الرابعة : إذا كانت الإبل موجودة وعدل من عليه الدية ومستحقها إلى القيمة أو غيرها بالتراضي جاز كما لو أتلف مثلياً وتراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل .

قال صاحب « البيان » : هكذا أطلقوه ، وليكن ذلك مبنيا على أنه يجوز الصلح عن إبل الدية . انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله الرافعي هنا من إطلاق الأصحاب وأن صاحب «البيان » قيده واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه من كلام غيره غريب ؛ فقد جزم بهذا التخريج قبل هذا الموضع بنحو أربعة أوراق في أوائل المسائل المنثورة التى ختم بها الباب الذى قبل هذا الباب .

الأمر الثاني : أنه أيضاً قيد هناك محل الخلاف بتقييد أهمله هاهنا ، ولنذكر عبارته ليعلم منه الأمران فنقول : قال : هناك : إذا [جهل] (١) أحد المتبابعين عدد الإبل الواجب أو سنها لم يصح البيع وإن علما ذلك ولم يبق إلا الجهل بأوصافها ففي صحة البيع الوجهان أو القولان في صحة الصلح عن إبل الدية على مال كما سبق في الصلح .

---

(١) سقط من أ .

قوله :فدية المرأة على النصف من دية الرجل لحديث عمرو بن حزم .

ثم قال : ويروي ذلك عن عمر وعثمان وعليّ والعبادلة ابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم . انتهى.

واعلم أن تفسير الرافعي العبادلة بهؤلاء قد سبقه إليه الزمخشرى في أوائل « المفصل » (١) في الكلام على علم الغلبة ، والمشهور أن العبادلة أربعة آباؤهم صحابيون وهم : ابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير ، وابن العاص .

قال النووي بعد ذكره لهؤلاء الأربعة : أن « صحاح الجوهرى » قد وقع فيها إبدال ابن العاص بابن مسعود .

قال : وهو غلط نبهت عليه لئلا يغتر به .

كذا قال في « تهذيب الأسماء واللغات »(٢) في ترجمة ابن الزبير : والذى قاله النووي غلط عجيب فإن الجوهري قد ذكر ابن العاص ولم يذكر ابن مسعود .

نعم عليه - أعنى الجوهري - انتقاد من وجه آخر وهو أنه أخرج ابن الزبير منهم وجعلهم ثلاثة فقط فقال في آخر الكلام على لفظه عبد ما نصه : والعبادلة : عبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص .

هذا لفظه : والظاهر أن الوهم سرى إلى النووي من « المفصل » للزمخشرى فإن فيه ما عزاه إلى الجوهري من الإتيان بابن مسعود وإسقاط ابن العاص وزاد على ذلك فأسقط ابن الزبير أيضاً كما سبق لك ، ولا شك أنه لم يستحضر كلام الرافعي ؛ فإنه لو استحضره لنقل عنه ؛ إذ وقوعه في

---

(١) المفصل (ص / ٢٨ -٢٩) .

(٢) ترجمة رقم (٢٩٦) .

ذلك أغـرب لكونه من الفقـهاء المحـدثين ، والظاهر أنه قلد ما في المفـصل لتداول العجم له غالباً .

قوله من « زوائده » سبق خلاف في الـذمى والمرتد إذا قتلا مرتداً هل تجب الدية ؛ فإن أوجـبناها فهي دية مـجوسي . ذكره البـغوي . انتـــهى كلامه .

واعلم أن الرافـعـي لما حكى هنا الخـلاف في وجـوب الـدية حكى في مقدارها وجهين من غـير تصحيح أحدهما : ما اقـتصر النووي على حكايته هنا وهو دية مجوسي ، ونسبه أيضاً هناك إلى البغوي كما هو منسوب هنا .

والثـاني : أن الواجب دية مسلم . فـعلم بذلك أن هذا النقل لا عـمل عليه، وأن على كـلام « الروضة » انتقاداً من وجهين وهـما ذكره من زوائده لما ذكـره الرافعـي، وإيهام العـمل بهـذا النقل الذى لابد له من مـرجح من خارج .

الباب الثاني

في دية ما دون النفس وهو جرح أو إبانة أو إبطال منفعة

النوع الأول : الجرح .

اعلم أنه قد ذكر في هذا الباب ألفاظاً منها الهامة بتخفيف الميم وهي الرأس وجمعها هام بحذف التاء ، وتطلق الهامة أيضاً على الرئيس .

ومنها الخشاء : اسم للعظمة الناتئة خلف الأذن - أي المرتفعة - ، وهي بخاء معجمة مضمومة بعدها شين معجمة مشدودة ثم همزة ممدودة ، وزنه فعلاء بفتح العين على وزن الحبلاء ولكن سكن للإدغام . قاله الجرهوي.

ومنها القمحدوة : بقاف ثم ميم مفتوحتين ثم حاء مهملة ساكنة ثم دال مهملة مضمومة ثم واو مفتوحة ثم هاء ؛ هي ما خلف الرأس ، وجمعها : قماحد ، والميم زائدة . قاله الجوهرى ، ونقله عنه في « تهذيب الأسماء واللغات » .

ومنها الفقحة : بفاء مفتوحة ثم قاف ساكنة ثم حاء مهملة وهي حلقة الدبر .

ومنها : العجان : اسم لما بين الخصيتين، والعجان : هو بكسر العين المهملة بعدها جيم وفي آخر نون .

ومنها المشقص : بميم مكسورة وشين معجمة ساكنة ثم قاف بعدها صاد مهملة ، هو من النصال ما طال وعرض . وهذا لفظ الجوهري .

وخالف ابن الأثير في « النهاية » (١)فقال : المشقص نصل السهم إذا كان طويلاً غير عريض ، فإذا كان عريضاً فهو المعبلة : أي : بكسر الميم وسكون

(١) النهاية (٢ / ١١٩٣) .

العين المهملة وفتح الباء الموحدة .

قوله :ولو أوضحه موضحة واحدة في بعضها مخطئ وفي بعضها متعمد فموضحتان على الصحيح ، فلو أوضح موضحتين عمداً ورفع الحاجز بينهما خطأ وقلنا بالصحيح أنه لو رفعه عمداً تداخل الأرشان فهل يلزمه أرش ثالث أم أرش واحد ؟ وجهان : انتهى .

والأرجح منهما على ما ذكره في « زوائد الروضة » وجوب أرش فقط .

قوله :أوضح وهشم في موضعين واتصل الهشم بينهما في الباطن فوجهان : أحدهما : أن الحاصل هاشمة واحدة ؛ لاتصال الكسر وإن بقي اللحم والجلد حاجزاً بين الموضحتين ، والثاني : أنهما هاشمتان ، وهذا ما اقتصر على إيراده جماعة منهم صاحب « الشامل » ، ووجهوه بأن الهاشمة تتبع الموضحة ، وقد وجدت الموضحتان فتتعدد الهشم بتعددها . انتهى .

صحح النووي في «أصل الروضة » أنهما هاشمتان وعبر: بالصحيح .

قوله : وفي «المهذب» أنه لو أدخل حديدة أو خشبة في دبر إنسان وخرق حاجزاً في الباطن هل عليه أرش جائفة ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين في أن خرق الحاجز بين الموضحتين في الباطن هل يكون كخرق الظاهر حتى لا يلزم إلا أرش موضحة واحدة . انتهى كلامه .

وهذا البناء الذي ذكره الرافعي يؤخذ منه أن الصحيح من الوجهين وجوب أرش الجائفة لأن الصحيح في مسألة الموضحتين أنه لا أثر له لبناء الظاهر حتى ترجع الموضحتان إلى موضحة ، وأسقط النووي من « الروضة» هذا البناء الذى يستفاد منه الترجيح .

واعلم أن نسخ الرافعي قد اختلفت في نسبة هذه المسألة ؛ ففي بعضها إلى المهذب كما ذكرت، وفي بعضها إلى «التهذيب»؛ فالأول هو الصواب؛

فإن الشيخ أبا إسحاق ذكره كذلك ولم يذكره البغوي .

قوله : شجه متلاحمة وجاء آخر وأوضح في ذلك الموضع بقطع ما بقي من اللحم فعلى كل واحد منهما الحكومة ولننظر فيما مر من تقدير السمك عند الإمكان . انتهى كلامه.

وما ذكره من وجوب الحكومة على الثاني قد ناقضه بعد ذلك بنحو كراستين ونصف في الكلام على المنفعة الخامسة وهي منفعة النطق في مسألة ما إذا كان لا يحسن بعض الحروف فجزم بوجوب الموضحة وهو القياس ، وسوف أذكر لفظه هناك فراجعه ووقع الموضعان كذلك في « الروضة ».

قوله : النوع الثاني : القطع المبين للأعضاء .

اعلم أنه قد ذكر في هذا النوع ألفاظاً فلنذكرها قبل الخوض في الأحكام فمنها : الثاليل بفتح الثاء المثلثة والمد جمع ثؤلول بالضم وهي الدماميل ونحوها .

ومنها : الوترة : الحاجز بين المنحرين هو بواو مفتوحة وتاء مثناة من فوق مفتوحة أيضاً .

ومنها عمور الأسنان : اسم لما بينهما من اللحم ، والمفرد عمر بعين مهملة مفتوحة وميم ساكنة وراء مهملة على وزن فلس وفلوس .

ومنها محرب القوس .

ومنها اللَّهاة : بفتح اللام اسم للقطعة من اللحم التى في أقصى سقف الفم تنطبق مع ما تحتها ، وجمعها لهوات ولهيات ، أيضاً بالتاء ولهى بحذف تاء التأنيث والقصر ، وقد ورد ممدوداً في بيت مشهور بفتح اللام وكسرها فالفتح من مد المصقور للضرورة وأما المكسور فجمع للمقصور مثل أصاه وأصا بالقصر وإصا بكسر الهمز والمد . كذا نقله الجوهري عن أبي عبيد .

ومنها الشاغبة ، وقد تقدم الكلام عليها غير مرة .

ومنها السنخ : بسين مهملة مسكورة ثم نون ساكنة ثم خاء معجمة . كذا صرح به النووي في « تهذيبه » ، وجمعه : أسناخ وهو أصل السن المستتر باللحم ، وسنخ كل شيء أصله، ومن ذلك قولهم : سنخ في العلم سنوخا إذا رسخ فيه . قاله الجوهري .

ومنها الثندوة وقد سبق الكلام عليها في الباب السابق .

ومنها في أسماء الأسنان الناجذ بالنون والجيم والذال المعجمة ، قال الجوهري هو آخر الأضراس في أقصى الأسنان.

قال : ويسمى ضرس الحلم - أي : العقل - لأنه ينبت بعد البلوغ وكمال العقل ، وأما الحديث : أنه عليه الصلاة والسلام ضحك حتى بدت نواجذه [١]. فالمراد بالنواجز فيه الضواحك وهي الأسنان لأن ضحكه عليه السلام إنما كان تبسماً .

ومنها : الإسكتان : تثنية إسكته بكسر الهمزة وسكون السين المهملة وفتح الكاف ، وهما ناحيتا الفرج ، وأما الشفرين فطرفا الناحيتين . كذا قاله الأزهري .

ومنها الركَب : براء مهملة وكاف مفتوحتين وبالباء الموحدة هو منبت العانة .

قال الخليل : هو للمرأة خاصة [٢] .

وقال الفراء : هو للرجل والمرأة ، وأنشد :

لا يقنع الجارية الخضاب ولا الوشاحات ولا الجلباب

---

(١) أخرجه البخاري (٥٧٣٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) كتاب العين (٥/ ٣٦٢) .

من دون أن تلتقى الأركاب ويقعد الأثر له لعاب

ومنها : الرباعية : من أسماء الأسنان كما سيأتي ، وهو بفتح الراء وتخفيف الباء .

ذكره الجوهري :

ومنها : عذبة اللسان : بعين مهملة وذال معجمة مفتوحتين بعدهما باء موحدة ، اسم لطرفه الرقيق .

ومنها المقر : بالقاف والراء المهملة ، هو المُر من المطعوم ، يقال : مقر الشيء بالكسر يقر مقر بالفتح فيهما فهو مقر بالكسر إذا صار مرا .

قاله الجوهري :

قوله : فلو ضرب على أذنه فاستحفت - أي : يبست - ففي ما يجب قولان منقولان عن « الأم » أصحهما على ما ذكر في « التهذيب » كمال الدية كما لو ضرب على يده فشلت . انتهى .

والأصح ما قاله في « التهذيب » ؛ فقد صححه الرافعي في « الشرح الصغير » و « المحرر » والنووي في « أصل الروضة » .

قوله في « الروضة » : والأخفش هو صغير العين ضعيف البصر، وقيل : هو من يبصر بالليل دون النهار . انتهى كلامه.

وهذا الذى ذكره في تفسير الأخفش مخالف لتفسيره له في البيوع في الكلام على الفسخ بالعيوب فإنه قال من « زوائده » : والأخفش نوعان : أحدهما : ضعيف البصر خلقة ، والثاني : يكون لعلة حدثت وهو الذى يبصر بالليل دون النهار، أو في العتم دون الصحو . هذا لفظه.

قوله : وإنما يجب كمال الدية في الأجفان إذا استؤصلت وقد تقطع معظم الجفن فتقلص الثاني ويوهم الاستئصال فليتحقق. انتهى .

هذا الكلام قد حذفه من « الروضة » وهو لا يعلم منه الحكم في الصورة المذكورة، وإن كان يوهم الجزم بعدم كمال الدية ، وقد صرح الرافعي بنظيره في الكلام على الشفة وحكى فيه وجهين : أحدهما : أن الدية توزع ، والثاني : يجب كمالها ؛ لأن منفعة الباقي قد بطلت فأشبه قطع بعض الأصابع فشل الباقي .

قوله : والمارن ثلاث طبقات : الطرفان والوترة الحاجزة بينهما.

ثم قيل : تتوزع الدية على الطرفين فقط ، ويحكى عن ابن سريج وأبي إسحاق ، وفي « التهذيب » : إنه الأصح ، ونقل الشيخ أبو إسحاق أنه المنصوص ؛ وقيل : توزع الدية على الثلاث وبه قال أبو على الطبري والقاضي أبو الطيب والروياني ، وإيراد « الكتاب » يقتضي ترجيحه ، ويؤيد بأنه إذا قطع ... إلى آخره .

تابعه عليه في « الروضة » ، وأرجح الوجهين على ما قال في « الشرح الصغير » توزيعها على الثلاث ، وقال في « المحرر » : إنه الأصح وتبعه عليه في « المنهاج » .

قوله : ومنها : في المارن كل الدية على ما سبق ، ولو قطعه مع القصبة فهل تجب حكومة القصبة أو لا يجب [إلا] (١) الدية ؟ ذكر الإمام أن فيه وجهين وأن المذهب الظاهر منهما الاندراج . انتهى كلامه.

وهذه المسألة التي حكى فيها وجهين ونقل الرجحان فيها عن الإمام فقط قد نص عليها الشافعي في « الأم » وصرح بوجوب الحكومة على عكس ما نقله من الترجيح واقتصر عليه فقال في باب الزيادة على المارن ما نصه : قال الشافعي : فإذا قطع من العظم المتصل بالمارن شيء مع المارن كانت فيه حكومة مع دية المارن .

---

(١) سقط من أ .

هذا لفظه بحروفه ومن « الأم » نقلته .

وقد صحح النووي في أصل « الروضة » ما رجحه الإمام مشياً على غالب عادته عند عدم وقوفه على ترجيح غيره، وقد تحرر أن الفتوى على خلاف ما صححه فيها ؛ فتفطن له .

قوله في المسألة : وهاهنا كلام وهو أنا قدمنا أن قضية الأنف محل الموضحة في الوجه ، وكذا محل الهاشمة والمنقلة ، وذكرنا وجهين في أن الجراحة الواصلة إلى داخل الأنف هل تكون جائفة ؟، وإذا كان كذلك فقطع قصبة الأنف وإبانتها أعظم من المنقلة فيجب أن يجب فيه مع أرش المارن أرش المنقلة ، وهكذا حكى القاضي ابن كج الجواب فيه عن نصه في « الأم » . انتهى كلامه.

وهذا النص المنقول عن « الأم » ليس منقولاً على وجهه بل ذكره الشافعي على وجه هو أبلغ مما يريده الرافعي فقال : ولو أضوح مع قطع المارن شيئاً من القصبة وجب فيه أرش موضحة ، أو هشم كان فيه أرش هاشمة ، وكذلك منقلة ، ولو بلغ ذلك قطعًا كانت فيه حكومة أكبر من هذا كله لأنه أزيد من المنقلة .

هذا كلامه ، ونقله عنه في « المطلب » .

قوله : الأسنان في غالب الفطرة اثنتان وثلاثون منها أربع ثنايا وهي الواقعة في مقدم الفم ثنتان من أعلى وثنتان من أسفل وبينهما أربع من أعلى وأربع من أسفل يقال لها الرباعيات . ثم أربع ضواحك ثم أربع أنياب وأربعة نواجذ واثنا عشر ضرساً ويقال لها الطواحن . انتهى [١] .

وما ذكره في النواجذ مع الأضراس يقتضي أن النواجذ ليست آخر الأسنان بل هي في أثنائها ، وليس كذلك بل النواجذ آخر الأسنان وهي من

(١) مجموع ما عدّه ست وثلاثون .

جملة الأضراس كما سبق إيضاحه في الكلام على لغات الفصل .

والذى أوقع الرافعي في هذه العبارة الموهمة هو صاحب « البحر » فإنه عَبّر بعبارة الرافعي بعينها .

قوله : ولو كانت إحدى الثنيتين من الأعلى أو الأسفل أقصر من أختها فقلعت القصيرة نقص من ديتها بقدر نقصانها لأن العادة الغالبة أنهما لا يختلفان . انتهى.

تابعه في « الروضة » على إطلاق النقص وسبقهما إليه الماوردي لكن شرط في « الأم » كذلك أن يكون النقص متبايناً فقال : فإن كان متقاربًا ففيها كمال الدية .

قوله : ولو قلع سن صغير لم يثغر انتظر عودها ، فإن مات الصبي قبل أن يتبين الحال ففي وجوب الأرش وجهان وقيل قولان أقواهما - على ما قاله القاضي ابن كج وغيره - عدم الوجوب . انتهى.

وترجيحه لكون الخلاف وجهين ذكره أيضاً في « الشرح الصغير » ثم خالف في « المحرر » فجزم بأنه قولان ، وتابعه في « الروضة » و«والمنهاج» على هذا الاختلاف .

وقول الرافعي يثغر هو بياء مثناه من تحت مضمومة ثم مثلثة ساكنة ثم غين معجمة مفتوحة ، ومعناه لم تسقط أسنانه التي هي رواضعه ، فإذا سقطت قيل ثغر يثغر فهو مثغور كضرب يضرب فهو مضروب، فإذا نبتت بعد ذلك قيل اتغر بتشديد التاء المثناة من فوق وأصله ايتغر بالياء بنقطتين من تحت فقلبت الياء تاء ثم أدغمت .

قال الجوهري : وإن شئت قلت أيضاً اثغر بالمثلثة المشددة ، وكله مأخوذ من الثغر وهو مقدم الأسنان .

قوله : والترقوة هو العظم المتصل بين المنكب وثغرة النحر . ولكل

واحد ترقوتان وما الذى يجب في كسرهما ؟ عن نص الشافعي -رضي الله عنه - في « اختلاف الحديث » وغيره : أن فيه جملاً .

وفى « الأم » وغيره : أن فيه حكومة ؛ فقيل : قولان : القديم : جمل، والجديد : حكومة ، والأكثرون قطعوا بالحكومة . انتهى ملخصاً.

وما ذكره على طريقة إثبات الخلاف من أن إيجاب الجمل قول قديم مع تقديمه بأنه منصوص عليه في « اختلاف الحديث » قد تابعه عليه أيضاً في «الروضة » وما أدري كيف وقع لهما ذلك فإن الكتاب المذكور من كتب الجديدة .

ولو ثبت مع وجود هذا النقل أن الشافعي نص عليه في القديم وصرح به الرافعي أيضاً في كلامه لم يستقم أيضاً معه أن يقال أنه قديم بل جديد منصوص على وفقه في القديم ، وأبلغ من هذا كله أنه منصوص عليه في «المختصر » أيضاً فقال قال الشافعي : وفي الترقوة جمل . هذا لفظه.

ثم نقل المزني بعده بأنه قال في موضع آخر أن فيه الحكومة ورجحه المزني .

قوله في « أصل الروضة » فى الكلام على الأسنان : ولو جنى على يده فذهب بطشها أو على عينه فذهب بصرها فأخذ ديتها لظن زوال البطش أو البصر ثم قويت اليد والعين فصار يبطش [ويبصر](١) استرددت الدية قطعاً لأن الشلل والعمى المحققين لا يزولان ، وكذا الحكم في السمع وسائر المعاني . انتهى كلامه.

وما ادعاه من القطع بالرد غريب لم يذكره الرافعي أيضاً .

أما عود البطش فقد حكى جماعة فيه وجيهن منهم القاضي الحسين وكذلك الماوردي وبناهما على القولين في عود السن ، وهذا البناء يقتضي

---

(١) سقط من أ .

تصحيح عدم الرد لأنه الصحيح في السن ، وأما عود البصر فقد حكى أيضاً جماعة فيه وجهين منهم الروياني في « البحر» والماوردي وبالغ - أعنى الماوردي - فضعف الرد وقال : إن الاستقرار هو المذهب ، وحكى ابن الرفعة أيضاً هذا الخلاف .

قوله : ولو كان له يدان فإن لم يبطش بواحدة منهما فلا قصاص ، وإن بطش نظر إن كانت إحداهما أصلية والأخرى زائدة ففي الأصلية القصاص أو الدية وفي الزائدة الحكومة ،وطريق معرفة الزائدة كذا وكذا.

ثم قال: وإن لم تتميز الزائدة عن الأصلية بوجه من الوجوه فهما كيد واحدة حتى يجب في قطعهما القصاص أو كمال الدية ويجب مع القصاص أو الدية حكومة لزيادة الصورة .

ولو قطعت إحداهما لم يجب القصاص وتجب فيها نصف دية وزيادة حكومة . انتهى كلامه.

وظاهره التدافع لأن تعبيره بقوله وإن لم تتميز الزائدة عن الأصلية يقتضى أن إحداهما أصلية والأخرى زائدة ولكنها التبست ؛ وحينئذ فلا ينتظم الحكم الذى ذكره فيه وهو وجوب نصف الدية بقطع كل منهما ، وتعبيره بقوله: فإن كانت إحداهما أصلية والأخرى زائدة يقتضى أنهما قد تكونان أصليتين ولم يصرح به .

قوله :فرعان : أحدهما : تقطع حلمة المرأة بحلمة المرأة ، وفي «التتمة» وجه أنه إن لم يتدل الشدي لا يجب القصاص لاتصاله بلحم الصدر وتعذر التمييز ، والمشهور الأول .

قال في « التهذيب » : ولا يجوز القصاص في الثدي لأنه لا يمكن رعاية المماثلة فيه ، ولك أن تقول الثدي هو الشاخص وهو أقرب إلى الضبط من الشفتين والإليتين ونحوهما . انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره عن « التتمة » من حكاية خلاف في الحلمة إذا لم يتدل الثدي قد تابعه عليه أيضاً في « الروضة » وهو غلط ؛ فإنه جازم بالوجوب بل صرح بعدم الخلاف فيها، وإنما حكى الخلاف في الثدي نفسه، فإنه ذكر المسألة في الباب الخامس في الجنايات على ما دون النفس في الفصل الثالث منه فقال : التاسعة : الرجل إذا قطع حلمة رجل وهو رأس الثدي يلزمه القصاص لأنه جزء مفرد عن غيره فهو كالأذن ، وكذلك المرأة إذا قطعت حلمة امرأة يلزمها القصاص لما ذكرناه ، وكذلك إذا قطعت حلمة ثديها يجب القصاص على المذهب المشهور سواء كان قد تدلى أم لا لأنه جزء مفرد عن غيره ، وقيل: فيه وجه آخر أنه إن كان قد تدلي ثديها يجب القصاص لتمييزه ، وإن لم يكن قد تدلي لا يجب لأنه متصل بلحم الصدر وكان بمنزلة الإليتين هذه عبارة المتولي .

ثم صرح بعد ذلك بعدم الخلاف في الجملة فقال : فأما الرجل إذا قطع حلمة امرأة فيلزمه القصاص بلا خلاف .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن البغوي من عدم القصاص في الثدي واقتضى كلامه عدم الوقوف على ما يخالفه، وأنه ليس فيه إلا البحث الذى ذكره قد تابعه عليه أيضاً في « الروضة » وهو عجيب فقد ظهر لك من الكلام الذى نقلناه عن « التتمة » أن المذهب المشهور وجوب القصاص ، وأغرب من ذلك أن الرافعي قبل ذلك قد ذكر هذا الفصل جميعه عن «التتمة» أيضاً ، ونقل هاتين المسألتين عنه على الصواب فقال قبل كتاب الديات : فصل في « التتمة » إن حلمة الرجل تقطع بحلمة الرجل وحلمة المرأة بحلمة المرأة والثدي بالثدي ، وفيما إذا لم يتدل وجه ضعيف لأنه لا يميز عن لحم الصدر . هذا كلامه واللفظ « للروضة » .

النوع الثالث : ما يفوت المنافع

قوله :الأول : العقل : فيجب بإزالته كمال الدية .

ثم قال : وذكر المتولي أن الدية إنما تجب عند تحقق الزوال بأن يقول أهل الخبرة : إن العارض الحادث لا يزول ، فأما إذا توقعوا زواله فيتوقف في الدية ،فإن مات قبل ذلك ففي الدية وجهان كما لو قلع سن مثغور فمات قبل عودها . انتهى .

وما ذكره في توقع العود من التوقف في الوجوب قد ذكر - أعنى الرافعي - بعد ذلك في البطن ما يوافقه لكنه يخالف ما نقله في السمع فإنه قال : إن لم يقدر أهل الخبرة مدة أخذت الدية في الحال ،وإن قدروا مدة انتظرناها ، واستثني الإمام ما إذا قدروا مدة يغلب على الظن انقراض العمر قبل فراغها،وقال: الوجه ألا تنتظر هذه المدة بل تؤخذ الدية. هذا كلامه .

قوله : ثم في الفصل مسألتان : إحداهما : ينظر في الجناية التى ذهب بها العقل فإن لم يكن لها أرش [كاللطم فعليه دية العقل وإن كان لها أرش] (١)مقدر أو غير مقدر ، فالقديم: أنه يدخل الأقل في الأكثر ، والجديد : وجوب أرش الجناية ودية العقل .

ثم قال : ووراءه شيئان : أحدهما في « المهذب » وغيره : إن كان أرش الجناية مثل الدية أو أكثر وجبت دية العقل معه ولا تداخل قولاً واحداً ، إنما الخلاف فيما إذا كان أرشها دون الدية .

والثاني : نقل الإمام عن القاضي الحسين أن أرش الجناية إن لم يكن مقدراً لم يدخل في دية العقل قولاً واحداً وإنما الخلاف في الجناية التى

---

(١) سقط من ب .

لها أرش مقدر . انتهى كلامه .

وهذه الطريقة الثانية التى نقلها عن الإمام قد تبعه على نقلها هكذا النووي في « الروضة » وهو سهو في التعبير والصواب أن نقول : إن لم يكن مقدراً فيندرج قولاً واحداً عوضاً عن تعبيره بقوله : لا يندرج فإنه نقلها عن « النهاية » وهكذا ذكره في « النهاية » وكذلك الغزالي في «البسيط» والقاضي الحسين وصاحب « التنبيه » وهو الصواب أيضاً من جهة المعنى فإن المقدر أبعد عن الدخول ؛ ولهذا عبر الرافعي في آخر كلامه على قطع الأذنين بقوله : لأنه لا يتبع مقدر مقدراً . هذه عبارته ، وذكر أيضاً هو وغيره أنه لو قطع الكف مع الأصابع دخلت حكومة الكف تحت ديتها ، وإذا فرعنا على اندراج الأقل في الأكثر فتساويا ما حكمه ؟ فيه نظر، ولم يتعرض له الرافعي وغيره لكن الإمام قد حكى فيما إذا قطع يديه فزال عقله أنه تجب دية واحدة .

قوله : وإذا ادعى المجني عليه زوال البصر وأنكر الجاني فالذي أورده جماعة وهو المنقول عن الأم أنه يراجع أهل الخبرة ، وقال آخرون : يمتحن بتقريب حية أو عقرب ، ويمكن أن يقدر في هذا اختلاف ، ورد في « التتمة » الأمر إلى خبرة الحاكم . انتهى ملخصاً.

وليس فيه تصريح بأنه على جهة التخيير أو على جهة الاختلاف ، وقد جزم في « المحرر » بالتخيير فقال : روجع أهل الخبرة أو يمتحن ، وجزم في « الشرح الصغير » بالثاني ؛ فإنه بعد حكايته للمقالتين عبر بقوله : وقيل يتخير الحاكم ، ولم يذكر غير ذلك ، وجزم النووي في «المنهاج » بما قاله في « المحرر » من التخيير وخالف في « الروضة »

فصرح بأن المقالتين وجهان فقال : فرع : ادعى المجنى عليه زوال البصر وأنكر الجاني فوجهان .

ثم قال : وقال المتولي : الأمر إلى خبرة الحاكم ؛ فجعل ذلك خلافاً ولم يصحح منه شيئاً .

قوله :وقول «الوجيز» ومن في حدقته بياض لا يمنع أصل البصر، ظاهره وجوب الدية ما دام يبصر شيئاً وإن ضعف بصره ونقص ضوؤه ، لكن ذكرنا في فقيء العين التى فيها بياض أنه إن لم ينقص الضوء تجب فيه الدية ، وإن نقص فلا تكمل الدية فليكن في إذهاب ضوء العين وفيها بياض مثل هذا التفصيل . انتهى كلامه .

وما ذكره بحثا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه قد صرح به الماوردي في « الحاوي » ، وكلام الشافعي في « الأم » يشير إليه أيضًا ، وقد حذف النووي هذه المسألة من « الروضة » لوقوعها في أعقاب الكلام .

قوله : وإن انتقص الشم نظر إن علم قدر الذاهب وجب قسطه وإلا فالحكومة .

ثم قال ما نصه : ولم يذكروا هاهنا الامتحان بمن هو في سنة ، ولا بعد في طرده هاهنا .

وإن انتقص الشم من أحد المنخرين فيمكن أن يعتبر بالجانب الآخر ولم يذكروه ولعلهم اكتفوا بالمذكور في السمع والبصر. انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم ذكرهم لهاتين المسأليتن قد تابعه في « الروضة » فأما الأول فقد صرح الأصحاب بخلاف ما يحاوله فقال في « النهاية » : لا وجه إلا الرجوع إلى المجنى عليه .

وقال القاضي الحسين وابن الصباغ : إنه لا يعرف إلا من جهته، وقد صرح به [الرافعي بعد هذا وسأذكر لفظه عقب هذه المسألة .

وأما الثاني فقد صرح به] [١] على وفق ما بحثه سليم في « المجرد » فقال : وإن ادعى نقصان الشم من أحد منخريه حكم بمقدار النقصان على الاعتبار الذى مضى إذا ادعى نقصان السمع من إحدي أذنيه . هذا كلامه .

قوله : وإن ادعي النقص صدق بيمينه ؛ إذ لا يعرف ذلك إلا من جهته ، وشبه ذلك بما إذا ادعت المرأة الحيض ، وقد [علق الطلاق بحيضها . انتهى .

ومقتضاه أنه لا يمكن إقامة البينة على الحيض وقد] [٢] اختلف فيه كلامه في مواضع أبسطها إن شاء الله تعالى في كتاب الشهادات فراجعها .

قوله : ولو جرح رأسه متلاحمة وجاء آخر وجعلها موضحة فعلى من أوضح أرش موضحة محطوطاً عنه واجب المتلاحمة سواء قدرنا واجبها أو أوجبنا الحكومة . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من وجوب الموضحة على الثاني هو القياس ولكنه قد ذكر في الكلام على الموضحة ما يناقضه ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله نقلاً عن الغزالي قال : الخامسة : النطق : وفي إبطاله كمال الدية وإن بقى في اللسان فائدة الذوق والحروف الشفوية والحلقية ، وفي بعض الكلام بعض الدية وتوزع على ثمانية وعشرين حرفاً وتدخل الشفوية والحلقية في التوزيع . انتهى كلام الغزالي .

وذكر في « الوسيط » نحوه ، ومراد الغزالي وغيره بالنطق هو الكلام، وقد شرحه الرافعي أيضاً بذلك فقال : إذا جنى على لسانه فأبطل كلامه فعليه الدية ، فإن ذهب بعض الحروف نظر إن كان له فيما بقى كلام مفهوم

(١) الروضة (٩ / ٢٩٥) .
(٢) سقط من أ .

وزعت الدية على الحروف .

وقال الإصطخري : لا تدخل في التوزيع الشفوية وهي : الباء والميم والفاء والواو ، ولا الحلقية وهي : الهاء والعين والغين والخاء والحاء والهمزة وإن لم يبق له كلام مفهوم فعن أبي إسحاق والقفال وجوب الدية وهو المذكور في « التهذيب » .

وقال الروياني : إنه المذهب ، وقيل : يجب بالقسط .

قال في « التتمة » : وهو المشهور في المذهب والمنصوص لأنه لم يعبأ بما سواها من الحروف، وإنما تغلظت منافعها فصار كما إذا كسر صلبه فتعطل مشيه والرجل سليمة فإنه لا يلزمه بتعطل المشى دية أخرى .

ثم قال مستدركاً على الغزالي ما نصه : فأما وجوبها بكمالها وإن بقيت الحروف الشفوية والحلقية فقد ذكره هاهنا وفي « الوسيط » وعلل هناك بإن الذى بطل جزء مقصود برأسه ، وهذا لم أجد له تعرضاً لباقى الأصحاب ، وهو مناقض لما ذكره من بعد وهو أنه يجب في بعض الكلام بعض الدية وتوزع على جميع الحروف من الشفوية وغيرها ، وإنما يستمر ذلك على طريقة الإصطخري . هذا لفظه .

وفيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره معترضاً به على الغزالي كلام عجيب جداً لا أدري كيف وقع من الرافعي ؛ فإن الغزالي فرض المسألة الأولى فيما إذا ذهب الكلام وبقي بعض الحروف، وحكمه بتكميل الدية فيها هو ما نقله الرافعي عن «التهذيب» وجماعة ، وفرض الثانية فيما إذا ذهب بعض الكلام وحكمها أيضاً واضح ، والذي أجاب به الغزالي فيها هو ما صححه أيضاً الرافعي ؛ فما قاله الغزالي فيهما معاً قد قاله هو ولا تناقض فيه أيضاً ،

وقد ذكرت لك عبارته فتأملها .

وحذف النووي هذا الكلام فلم يتعرض له بالكلية وكأنه توهم صحته فحذفه لكونه خارجاً عن مقصوده من تجريد الأحكام دون الاعتراض على ما وراءها .

الأمر الثاني : أن مسألة الصلب التي ذكرها في الاستدلال حاصلها الجزم بوجوب الدية في الصلب ؛ فإنه جعله أصلاً مقيساً عليه ولكنه قد صحح قبل ذلك أن كسر الصلب لا دية فيه إنما تجب فيه الحكومة .

ذكر ذلك في الكلام على دية السمع في أثناء بحث مع الغزالي وحذفه من « الروضة » ، وجزم به هو والنووي بعد ذلك في الكلام على الإمناء والإحبال والجماع .

الأمر الثالث : أن ما ذكره من أن كسر الصلب إذا تعطلت به منفعة الرجل من المشى لا تجب به دية أخرى هو نظير ما إذا ارتيق داخل الأذن بالجناية وامتنع نفوذ الصوت ولم يتوقع زوال الإرتياق ، والأصح: أن الواجب فيه الحكومة، وقيل الدية ، وهكذا الحكم إذا زال سمع صبى فتعطل نطقه لأن نطق الصبي إنما هو بوساطة سماعه من أبويه وغيرهما .

وحاصله أنه إذا جنى على عضو فتعطلت منفعة آخر لا يجب شيء للذى تعطل لكنه خالفه فيما إذا كسر صلبه فذهب مشيه وجماعه ؛ فإن الرافعي صحح وجوب ديتين وعلله بأن المشي في الرجل لا في الصلب وقد فات المشي وإن كانت الرجل سليمة .

واعلم أنه إذا كسر صلبه فتعطل مشيه فقطع قاطع رجليه فقد صحح الرافعي وجوب الدية في قطعهما لأنهما صحيحتان ، وهذا التصحيح موافق لما تقدم من عدم . وجوب الدية إذا كسر صلبه فتعطل مشيه .

قوله :ولو جنى على لسان فأبطل صوته واللسان على اعتداله وتمكنه

من التقطيع والترديد فعليه الدية لأنه من المنافع المقصودة في غرض الإعلام والزجر وغيرها ، وإن أبطل مع ذلك حركة اللسان حتى عجز عن الترديد والتقطيع فوجهان : أرجحهما على ما يقتضيه نظم الكتاب أنه تلزمه ديتان لأنهما منفعتان مختلفتان . انتهى كلامه.

والراجح وجوب الديتين ؛ فقد قال الرافعي في « المحرر » و « الشرح الصغير » والنووي في « أصل الروضة »: إنه أرجح الوجهين .

قوله : الثامن : المضغ : وفي إبطاله كمال الدية ، ولإبطاله طريقان : أحدهما : أن يصلب مغرس اللحيين حتى تمتنع حركتهما مجيئا وذهاباً ، والثاني : أن يجنى على الأسنان فيصيبهما خلل وتبطل صلاحيتهما للمضغ . انتهى.

واعلم أن الضمير المتصل بقوله : (فيصيبهما) هو مبنى عائد إلى اللحيين، وقد نبه عليه النووي بخطه على « حاشية الروضة » لأنه قد يلتبس.

قوله :ولو جنى على ثديها فانقطع لبنها لزمه حكومة ، وكذا إن لم يكن لها لبن عند الجناية ثم ولدت ولم يدر لها لبن وصور أهل الخبرة أن يكون الانقطاع بجنايته ، وللإمام احتمال أن الدية تجب بإبطال الإرضاع. انتهى.

تابعه في « أصل الروضة » على نقل ذلك احتمالاً فقط عن الإمام مع أن المتولي قد جزم به في « التتمة » .

قوله : وفي إفضاء المرأة ديتها فقال قائلون : هو رفع الحاجز بين مدخل الذكر ومخرج البول ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد ومتابعوه وهو الذي رجحه صاحب « التهذيب » وغيره ، وقال آخرون : هو رفع الحاجز بين مسلك الجماع ومخرج الغائط ، ويحكى عن ابن أبي هريرة

والقاضي أبي الطيب والشيخ أبي محمد والشريف ناصر ، وهو الذي أورده الروياني في الحلية وصاحب « الكتاب » ، وقال المتولي : الصحيح أن كلاً منهما إفضاء موجب للدية . انتهى ملخصاً.

وقد اختلف ترجيح الرافعي في هذه المسألة فجزم في كتاب النكاح في الكلام على مثبتات الخيار بالأول ، وقد سبق ذكر لفظه في موضعه فراجعه.

وقال في « الشرح الصغير » هنا : الأشبه الثاني .

وقال في « المحرر » : إنه الأظهر ، وصححه النووي في « الروضة» من غير تنبيه عليه بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له فإنه غريب ، واختلف أيضاً كلام النووي فيها فصحح في « المنهاج » ، وفي « الروضة » هنا الثاني على خلاف ما جزم به في النكاح تبعاً للرافعي .

قوله : فلو أفضي الخنثي المشكل ففي « البيان » : أنّا إن قلنا : إن الإفضاء رفع الحاجز بين منفذ البول ومدخل الذكر لم تجب الدية لأنا لا نعلم هل هو فرج أصلى أم لا ، وإن قلنا : إنه رفع الحاجز بين القبل والدبر ففيه اختلاف ، ولو أزيلت البكارة من فرج المشكل فتجب حكومة جراحة ، ولا تعتبر البكارة لأنا لا نتحقق كونه فرجاً . انتهى كلامه.

ذكر نحوه في « الروضة » وعبر بوجهين عوضاً عن تعبير الرافعي بالاختلاف ، وقد تتبعت هذه المسألة فوجدت الأصل الذي اعتمد عليه الرافعي في هذه المسألة وهو « البيان » قد اعتمد على أبي الفتوح وصرح به في نقل هذه المسألة،وأبو الفتوح قد استمد من « الشامل » و «التهذيب»، وهما قد استمدا من تعليق القاضي أبي الطيب ورأيت في نقل بعضهم عن بعض عدم مطابقة وفي ذكر ذلك طول فنقتصر على بعضه وهو الأهم .

فنقول: إن أبا الفتوح لما تكلم على هذه المسألة نقل عن صاحب

« الشامل » تعليلاً وقال : إن مقتضاه وجوب الدية في إفضاء الخنثى بالتفسير المعروف ، وهو اختلاط الدبر بمسلك الذكر ، وذكر عن الشيخ في «المهذب» تعليلاً آخر وقال : إنه يقتضي وجوب الأرش مع ما يجب في الجائفة - وهو ثلث الدية - ، وقد صرحوا في الكلام على الجائفة أن الجناية على هذا المحل بهذه الصفة من جملة الجوائف ، ثم إن صاحب « البيان » نقله عنه وغفل أن يذكر دية الجائفة فتابعه عليه الرافعي ثم النووي معبراً - أعنى النووي - بالوجهين ؛ فتلخص أن الوجهين لم يصرح بهما أحد وإنما هو إشعار بعيد من تعليل على ما فهمه من ليس معدوداً من أصحاب الوجوه ، وتلخص أيضاً أن دية الجائفة لابد منها على خلاف ما يشعر به كلام الرافعي لإيهام عبارة «البيان » فاعلم ذلك ، وإن حصل لك فراجع هذه الأصول يظهر لك باقي الخلل .

قوله : وإن أزالها - يعنى البكارة - بآله الجماع من لا يستحق إزالتها نظر إن طاوعته المرأة فلا أرش كما لا مهر ، وإن كانت مكرهة أو هناك شبهة نكاح فاسد أو غيره فوجهان : أظهرهما وينسب إلى النص - أنه يجب مهر مثلها وأرش البكارة لأن المهر للاستمتاع والأرش لإزالة تلك الجلدة .

والثاني : يجب مهر مثلها بكراً . انتهى ملخصاً.

وهذه المسألة قد اختلف فيها كلام الرافعي اختلافاً عجيباً ؛ فإنه أجاب فيها ثلاثة أجوبة متعارضة وتابعه عليها في « الروضة » وقد سبق إيضاح ذلك في كتاب البيع في الكلام على البيوع المنهي عنها فراجعه .

والمراد بالمطاوعة أن تصرح بالإذن ، فإن سكتت ففي وجوب المهر لها وجهان سبق نقلهما عن الرافعي في آخر باب استيفاء القصاص وأنه شبههما بما يقتضي رجحان الاستحقاق ، ولا شك أنه في أرش البكارة أظهر من

المهر فإنه إتلاف والسكوت فيه لا يدفع الأرش عن المتلف .

قوله : وقال الغزالي : يتصور أن يجب في شخص قريب من عشرين دية ، وإذا تأملت ما سبق وجدتها أكثر من ذلك .

وهي هذه الأذنان أو إبطال حسهما العينان أو البصر ، الأجفان المارن، الشفتان اللسان ، أو النطق الأسنان اللحيان اليدان الذكر والأنثيان أو الحلمتان والشفران الإليتان الرجلان العقل، السمع، الشم، الصوت، الذوق، المضغ، الإمناء، أو الإحبال، إبطال لذة الطعام ولذة الجماع الإفضاء في المرأة البطش ، المشي . انتهى كلامه.

وهذا العدد الذى ذكره قد تابعه عليه في « الروضة » ، واعترض عليه ابن الرفعة في « المطلب » فقال : عده الأذنين أو إبطال حسهما شيئاً واحدًا يقتضى عد اليدين وإبطال بطشهما شيئاً واحداً وكذلك عد الرجلين وإبطال المشى لشللهما شيئاً واحداً وبذلك تسقط ديتان ، والذكر والأنثيان لا يكونان في شخص له شفران ولا حلمتان تجب فيهما الدية وبذلك تسقط ديتان أيضاً ودية إبطال المضغ تدخل في دية اللحيين لأن صورة إبطال المضغ تكون بعدم تحرك اللحيين كما هو مصور في موضعه ،وأما في إدراج أرش ما عليهما من الأسنان في ديتهما خلاف فإن أدرجنا تسقط أيضاً ديتان وإلا دية واحدة وفي إدراج دية الصوت تحت دية الكلام خلاف ، وكذلك أيضاً في إدراج الذوق تحت دية اللسان فإن أدرجنا تسقط ديتان أيضاً ، وإذا ضممت ما أدرجناه إلى ما أسقطناه اجتمع منه ثمان ديات ، وإن ضممت إلى ذلك أن الأذنين لا دية فيهما فإنه وجه صار الساقط سبع ديات وتبقى ثمانية عشر ؛ وبذلك يصدق قول الغزالي قريب من عشرين أي : بلا خلاف وكلامه في «البسيط» يدل على أن هذا هو المراد .

باب بيان الحكومة

اعلم أن الكلام في الحكومات ذكره الرافعي في الباب الثاني من كتاب الديات عقب الكلام في مسائل الموضحة فنقله في « الروضة » إلى آخر أبواب الديات وأفرده بالتبويب فتبعته على ذلك .

قوله : والأصل في الدية الإبل وأطلقوا القول في الحكومة بأن الواجب جزء من الدية إذا عرفنا قدر النقصان فدل ذلك على أن الحكومة الواجبة تكون من جنس الإبل ، ورأيته مصرحاً به لبعضهم. انتهى .

وهو يقتضي أنه لم يقف على خلاف ذلك ، وقد ذكر المسألة في إفضاء المرأة في الكلام على الحكومة المأخوذة لإزالة البكارة فقال : وذكر في «التهذيب» وجيهن في أن جنس الواجب يكون من الإبل أو من نقد البلد ، والأصح الأول على ما هو قاعدة الجناية على الأحرار . هذا كلامه .

قوله في « الروضة » : فرع : إزالة الشعور من الرأس وغيره بحلق أو غيره من غير إفساد المنبت لا تجب فيها حكومة أصلاً بلا خلاف لأن الشعور تعود . انتهى .

وما ذكره من نفي الخلاف ليس كذلك ؛ فقد حكى الماوردي في ذلك وجهين : أحدهما : هذا .

والثاني : تجب فيه حكومة دون حكومة ما لم يعد .

وحكى القاضي الحسين وجهاً أنه إن حصل للمجنى عليه ألم بالإزالة وجب وإلا فلا ؛ فتحصلنا على ثلاثة أوجه حكاها ابن الرفعة في « الكفاية» وهذه المسألة مع باقي أحكام الحكومات ذكرها الرافعي في آخر النوع الأول تبعاً للغزالي ، ولكنه أشار إلى أن تأخيرها إلى هذا الموضع أنسب ففعل ذلك في « الروضة » ، ولم يصرح الرافعي في هذه المسألة بنفي الخلاف بل عبر بقوله : لا تجب فيها حكومة أصلاً .

قال : القسم الثاني في الموجب ؛ أي : أسباب وجوب الدية:

اعلم أن الرافعي - رحمه الله - قد ذكر في الفصل هنا ألفاظاً منها : القذى : بالقاف والذال المعجمة وألف مقصورة ؛ وهو ما يسقط في العين من التراب ؛ تقول قذيت عينه تقذي قذي فهو قذ على وزن عميت تعمي عما فهو عم إذا سقطت في عينه قذاة .

قال الأصمعي : وتقول : قذيت عينه - بفتح الذال وسكون الياء - يقذي - بكسر الذال - قذيا - بسكونها - إذا رمت بالقذي ، وأقذيت عينه إذا جعلت فيها القذا ، وقذيتها بقذية إذا أخرجته منها ، حكاه الجوهري.

ومنها : طي البئر : وهو بناؤها .

ومنها : الأخدود - بالخاء المعجمة والدال المهملة - ، وهو شق في الأرض مستطيل ، تقول فيه : خد الأرض يخدها ، وضربه أخدود أي : حذت في الجلد - .

ومنها القانول : اسم للجناح .

ومنها : العماد : قال الجوهري : هو جمع ، واحده : عمادة بالتاء، وهو اسم للأبنية الرفيعة .

قال : وتقول : عمدت الشيء فانعمد إذا أقمته بعماد يعتمد عليه .

ومنها السباطات : اسم للمزابل : وهي جمع سباطة بسين مهملة مضمومة ثم باء موحدة وبعد الألف طاء مهملة ، وفي الصحيح أن النبي ﷺ بال قائماً في سباطة قوم [1] .

ومنها : البحر المغتلم : أي : الهائج ، يقال غلم البعير بغين معجمة مفتوحة ولام مكسورة ، غلمة بالضم ، واغتلم إذا هاج من شهوة النكاح .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٢) ، ومسلم (٢٧٣) من حديث حذيفة رضي الله عنه.

منها انبثقت السفينة أي : انخرقت ،يقال : بثق السيل موضع كذا بباء موحدة وثاء مثلثة مفتوحتين بعدهما قاف ، يبثق بالضم ، بثقًا بالفتح والكسر أي : خرقه ، وشقه فانبثق أي انشق .

قوله : الثانية : إذا صاح على صبي غير مميز على طرف سطح أو بئر أو نهر فارتعد وسقط منه ومات وجب ضمانه .

وهل عليه القصاص؟فيه وجهان ، ويقال : قولان : أصحهما : المنع. انتهى كلامه.

وهذا الذي رجحه من كون الخلاف وجهين ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، وخالف في « المحرر » فجزم بأنه قولان فقال : وأصح القولين أنه لا يجب القصاص . هذا لفظه . ووقع هذا الاختلاف أيضاً بين « الروضة » و « المنهاج ».

قوله : والدية الواجبة في هذه الحالة تكون معطلة على العاقلة ، وقياس من يوجب القصاص أن تكون معطلة على الجاني . انتهى .

وما ذكره بحثاً واقتضي كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في «الروضة » قد صرح به البندنيجي ونقله عنه ابن الرفعة .

قوله : إحداها : إذا وضع صبياً لا يقدر على الانتقال في مسبعة فافترسه سبع لم يجب ضمانه في أصح الوجهين .

ثم قال : وفي تقييد الغزالي بالصبي هاهنا وفي الغصب ما يفهم أنه لو كان الموضوع بالغاً لم يجب الضمان بلا محالة والخلاف مخصوص بالصبي ، وذكروا في القصاص نحواً من هذا ، ويشبه أن يقال : الحكم منوط بالقوة والضعف لا بالكبر والصغر . انتهى كلامه.

واعلم أن الشيخ في « المهذب » قد جزم فيما إذا ألقى حراً مشدوداً في مسبعة فقتله السبع أنه يكون عمداً ، وهذا هو عين ما ذكره الرافعي بحثاً ،

بل هو أبلغ لكون الشيخ قد جعله عمداً، وقد ادعي النووي في « الروضة» نفي الخلاف ذاهلاً عما قاله الشيخ فقال : فإن كان الموضوع بالغاً فلا ضمان قطعاً .

ثم قال : ويشبه أن يناط الحكم بالقوة والضعف لا بالصغر والكبر .

قوله : والخلاف راجع إلى ما تقدم في إحياء الموات أن إقطاع الإمام هل له مدخل في الشوارع ، وبينا أن الأكثرين قالوا نعم، وجوزوا للمطقع أن يبني فيه ويتملكه. انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من أنه قد سبق في إحياء الموات عن الأكثرين أنه يجوز للإمام إقطاع التمليك في الشوارع غلط على العكس مما سبق هناك ، وقد تقدم إيضاحه فيه فراجعه .

قوله :وإن انقلع خشب الميزاب والروشن من أصله فأتلف شيئاً فوجهان أو قولان : أشهرهما وجوب النصف ، والثاني تقسيط الخارج .

وإذا قلنا بالثاني ، فقال الغزالي وجماعة إن التوزيع يكون باعتبار الوزن ، وفي « التتمة » وغيرها اعتبار المساحة . انتهى.

والأصح اعتبار الوزن ؛ كذا صححه النووي في « الروضة » ولم ينبه على أنه من « زياداته » بل أدخله في كلام الرافعي؛ فتفطن له فإنه غريب .

قوله : فرعان : الأول : أسند خشبة إلى جدار لغيره فسقط الجدار على شيء فأتلفه فعليه ضمان الجدار وما سقط عليه سواء سقط عقب الإسناد أم لا ، وإن كان الجدار له أو لغيره وقد أذن لم يجب ضمان الجدار ، وفي ضمان ما يسقط عليه وجهان عن صاحب « التلخيص » [أحدهما] وبه قال أبو زيد: أنه إن سقط في الحال ضمن وإلا فلا ، وعن القفال أنه لا يضمن في الحالتين . انتهى ملخصاً.

لم يذكر - رحمه الله - حكم ما يتلف بالخشبة وقد ذكره في آخر باب

الغصب فقال : إن وقعت في الحال ضمن وإلا فلا .

قال : وسواء كان الجدار له أم لا . ويظهر لك من هذا التفصيل المذكور هناك تصحيحه أيضاً في المسألة المختلف هاهنا فإنها شبهها .

قوله : ولو حفر بئراً قريبة العمق فعمقها غيره تعلق الضمان بها في أظهر الوجهين ؛ وعلى هذا فهل يتنصفَ أم يوزع على الأذرع ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو على . انتهى.

لم يرجح شيئاً في «الشرح الصغير » أيضاً وقال في « الروضة » من «زوائده » : أصحهما التنصيف.

قوله : ولو حفر بئراً متعدياً ثم طمها فأخرج غيره ما طمت به فهل يتعلق ضمان التالف فيها بالأول لأنه المبتدئ أم بالثاني لانقطاع أمر الأول بالطم ؟ وجهان . انتهى.

والصحيح تعلقه بالثاني. كذا صححه في « الروضة » من « زوائده ».

قوله :وإذا وقع في البئر واحد ثم وقع عليه آخر فماتا فأطلق مطلقون أنه تجب دية الأول على الثاني ، وقال آخرون : إنما على الثاني نصف الدية لأن الأول مات بوقوعه في البئر وبوقوع الثاني عليه ، ويكون النصف الآخر على الحافر إن كان الحفر عدواناً ، وهذا أصح عند المتولي وغيره . انتهى ملخصاً.

واعلم أن الرافعي قد ذكر بعد هذا في الكلام على ألفاظ الوجيز أن الذى نوجبه على الثاني وهو النصف أو الكل يكون قراره على عاقلة الحافر، وقيل : هم المطالبون ابتداء، ولا تطالب به عاقلة الواقع في البئر وجعل مستند الخلاف أن الحفر ألجأه إليه فصار كالإكراه على إتلاف المال وحينئذ فيجيء الخلاف في أن الآمر هل يطالب وحده أم يطالب أيضاً المتلف ويرجع به على الآمر؟ ، وذكر أيضاً نحوه في « الشرح الصغير » وتبعه عليه

صاحب «الحاوي الصغير» ، وحذف النووي هذه المسألة من « الروضة » ، والعجب من حذفه لها .

قوله : وإن تردى في البئر فجرف ثانيًا والثاني ثالثًا وماتوا ففي الأول وجوه أظهرها : أنه مات بثلاثة أسباب : صدمة البئر وثقل الثاني والثالث فهدر ما يخص ثقل الثاني وهو الثلث لحصوله بفعله .

والوجه الثاني : أن صدمة البئر لا أثر لها وموته بسببين، فتهدر نصف دية نجدية الثاني ويجب نصفها على عاقلة الثاني نجدية الثالث فإنه مات بثقلها .

وأعرض ابن الحداد عن نقل الثالث وقال إنه مات بالوقوع في البئر وبجرفه الثاني فتهدر نصف ديته ونصفها على عاقلة الحافر .

ثم قال : ولو كانت الصورة بحالها وجرف الثالث رابعاً ففيه وجوه: منها أنه لا يجب للأول شيء لأنه باشر قتل نفسه بحد الثاني وما تولد من جرفه .

ثم قال : وقضية هذا الوجه أنه لا يجب للأول في صورة الثلاثة شيء أصلاً وإن لم يذكروه هناك . انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم ذكر هذا الوجه في الثلاثة تابعه عليه في «الروضة» أيضاً وهو غريب جداً فقد ذكره الإمام في « النهاية » وكذلك الغزالي في «البسيط » وتبعهما صاحب « الذخائر » .

قوله : فرع : لو كانت السفينة مثقلة بتسعة أعدال فجاء رجل ووضع فيها عدلاً آخر تعديا فغرقت فهل يضمن الأعدال التسعة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم لأن الهلاك ترتب على فعله .

والثاني : لا يضمن كل الضمان لأن الغرق حصل بثقل الجميع لا بما فعله ، والوجهان على ما حكى الإمام وغيره مبنيان على ما إذا رمى إلى

صيد فأبطل بعض امتناعه ولم يرمه ثم رمى إليه آخر فأزمنه ولولا رمى الأول لما كان الثاني مزمنا فلمن الصيد ؟ فيه وجهان ؛ قال الإمام : الأقيس الأصح أنه لهما . انتهى.

والأصح عند الجمهور أنه للثاني على خلاف ما نقله عن الإمام وسكت عليه ؛ كذا صرح به الرافعي في أواخر باب الصيد وتبعه عليه في «الروضة» وقد اغتر النووي بسكوت الرافعي على الترجيح المذكور في هذا الباب نقلا عن الإمام فأطلقه فقال : الأصح أنه لهما فوقع في صريح التناقض فتفطن له واجتنبه .

وقد علم من ذلك أن الصحيح في مسألة السفينة وجوب ضمان التسعة كلها على الثاني .

قوله : الخامس : إذا كان في الإلقاء تخليص الملتمس وغيره بأن التمس بعض الركاب من بعض فيجب الضمان على الملتمس لأن له غرضاً في تخليصه وتخليص غيره .

قال الإمام : ويجيء الوجهان في أنه هل تسقط حصة المالك؟ ويجيئان أيضاً فيما إذا كان الملتمس خارج السفينة وملقي المتاع من الركبان . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في آخر كلامه حيث قال ويجيئان . . إلى آخره. غريب ؛ فقد تقدم التصريح بهما قبل هذا بنحو سطرين في القسم الرابع ، وأشد من ذلك أن الوجهين المشار إليهما هنا هما المذكوران في القسم الرابع فكأنه قال : إن الوجهين في القسم الرابع يأتيان فيه - أي في القسم الرابع - أيضاً ، وهو كلام غير مقيد ؛ ولأجل هذا المعنى حذفهما من « الروضة » فتفطن لذلك .

الأمر الثاني : أن الإمام فرضهما فيما إذا كانا معا فيها وكان معهما غيرهما ، ولم يصرح الرافعي باجتماع الثلاثة .

واعلم أن الأقسام في هذه المسألة سبعة : أحدها : أن يختص النفع بصاحب المتاع .

والثاني : بالمستدعي .

والثالث : بهما .

والرابع : بغيرهما .

والخامس : بصاحب المتاع وأجنبي .

والسادس : بالملتمس وأجنبي .

والسابع : أن يعم الثلاث .

وأهمل الرافعي قسمين :

أحدهما : الثالث ومقتضى المنقول فيه وجهان : أحدهما : يضمن جميع المتاع .والثاني : نصفه وكلام الإمام يدل عليه .

والثاني : مما أهمله : السادس ، ومقتضى المنقول [وجوب الجميع ولم يصرح بالسابع لكن يمكن دخوله في كلامه . وقضية المنقول][1] أن يضمن جميعه في وجه ، وثلثيه في آخر .

قوله : وحكى الإمام أن المتاع الملقي لا يخرج عن ملك مالكه حتى لو لفظه البحر على الساحل وظفرنا به فهو لمالكه ، ويسترد الضامن المبذول . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : [أن هذا الذى نقله عن الإمام قد حكى الماوردي فيه وجهين أحدهما][2] هذا ، والثاني : أن الآمر يملكه قبيل الإلقاء . ذكر ذلك في

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الكلام على ما إذا أمر غيره بأن يعتق عنه عبده على كفارة اليمين .

الثاني : أن مقدار النقصان بالغرق لا يسترده الضامن بلا شك .

قوله : ولو قال الملتمس : ألق متاعك وأنا وركبان السفينة ضامنون وأطلق فكلام الوجيز يشعر بحمل كل واحد على الانفراد بالضمان ؛ فإنه قال : ولو قال الملتمس : ألق وأنا وركبان السفينة ضامنون ، ثم قال : أردت التوزيع صدق بيمينه ولزمه حصته فأشعر بأنه لا ينصرف عنه إلا بدعوى الإرادة ، وصرح في « النهاية » بخلافه فقال بأنه لا يحمل عند الإطلاق على الانفراد . انتهى .

وهذا الذي قاله الإمام قد صرح به الغزالي في « البسيط » فقال : لو قال أنا وركبان السفينة ضامنون فهذا ظاهر في التقسيط ، ويحتمل التعميم إن اعترف به وإذا زعم أنه أراد التقسيط قبل والقول قوله مع يمينه .

هذا كلامه . وهو صريح في موافقة الإمام ، وكلام « الوجيز » يقتضيه إلا أنه أوجز العبارة في « الوجيز » وبسطها في « البسيط » .

قوله : وإن قصدوا بالمنجنيق شخصاً أو جماعة بأعيانهم فالذي أورده العراقيون أنه شبه عمد إذا أصاب الحجر من قصده ، لأنه لا يمكن أن يقصد بالحجر شخص معين أو جماعة معينون فتجب الدية على عاقلتهم مغلظة .

وقال آخرون : إن كان الغالب أنه يصيب من قصد فهو عمد يتعلق به القصاص ، وهذا ما أورده الصيدلاني والإمام والمتولي وصاحب « الكتاب »، ورجحه صاحب « التهذيب » والروياني وأقاما الكلام وجهين ، ويشبه أن يقال : الخلاف راجع إلى أنه هل يتصور تحقيق هذا القصد في المنجنيق . انتهى كلامه .

والراجح أنه عمد يتعلق به القصاص ؛ فقد قال الرافعي في « المحرر »

و «الشرح الصغير » إنه الأظهـر ، ونقل النووي تصحيح « المحرر » وسكت عليه .

قـوله في المسـألة : وإن قصـدوا واحـداً أو جـماعـة والغـالـب أنه لا يصيب من قصده فهو شبه عمد، والعلم بأنه يصيب واحداً منهم لا بعينه أو جماعة مـن القوم لا بأعيانهم لا يحقق العمـدية ولا يوجب القصاص لأن العمدية تعمد قصـد عين الشخص ؛ ولهذا لو قال : اقتل أحد هؤلاء وإلا قتلتك ؛ فقتل أحدهم ،لا يجب القصاص على المكره لأنه لم يقصد عين أحدهم . انتهى كلامه .

وما جزم به من اشتراط قصد عين لشخص في العمدية الموجبة للقصاص قد تابعه عليه فـي « الروضة » أيضاً هنا وفي أوائل الجنايات في الكلام على تقديم الطعام المسموم ، ورجح من « زوائـده » في باب العفو عن القصاص خلافه ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله في « الروضة » : وفي « صحيح مسلم » [1] **: إن رسول الله ﷺ قال: « العين حق وإذا استغسلتم فاغسلوا »** .

قال العلمـاء : الاستغـسال أن يقال للعـائن : اغسل داخلة إزارك مما يلي الجلد بماء ثم يصب على المعين . انتهى.

استغسلتم : بضم التاء على البناء للمفعول ؛ أي : طلب منكم الغسل.

وداخلة : بتاء التأنيث في آخره على وزن ضاربة .

---

(١) حديث (٢١٨٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

القسم الثالث من الكتاب

قال : القسم الثالث من الكتاب : فيمن تجب عليه الدية .

قوله في « الروضة » : وأما أبو الجاني وأجداده وبنوه وبنو بنيه فلا يتحملون لأنهم أبعاضه وأصوله فلا يتحملون كما لا يتحمل الجاني ، والحديث الصحيح أن النبي ﷺ - قضى بدية مقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها والولد[١] . انتهى كلامه .

وما ذكره - أعنى النووي - من صحة هذا الحديث الذى فيه الدلالة على موضع الحاجة وهو تبرئة الولد ليس كذلك ولم يتعرض له الرافعي ، وأيضاً فإن الحديث رواه أبو داود وابن ماجة من حديث جابر بن عبد الله ، وفي إسناده مجالد بن سعيد ، وقد تكلم فيه الجمهور إلا أن مسلماً استشهد به في صحيحه .

نعم يغني عنه حديث أبي هريرة في الصحيحين [٢] وأن في الحديث المذكور فيه فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لبنيها وزوجها وأن العقل على عصبتها .

قوله في « الروضة » : فرع : إذا ضربنا على المعتق فبقي شيء من الواجب فهل يضرب على عصباته في حياته ؟ نقل الإمام والغزالي المنع؛ إذ لا حق لهم في الولاء ولا بالولاء في حياته ، وتردد الإمام فيما لو لم يبق المعتق وضربنا على عصبته فهل يختص بالأقربين لأنهم أهل الولاء والإرث أم يتعدي إلى الأباعد كعصبة الجاني؟ ورجح الاحتمال الثاني

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٧٥) ، وابن ماجة (٢٦٤٨) ، وأبو يعلى (١٨٢٣) ، وابن أبي شيبة (٥/ ٣٩٣) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٦١٥١) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه . قال النووي : صحيح . وقال الألباني : صحيح .

(٢) أخرجه البخاري (٦٣٥٩) ، ومسلم (١٦٨١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

وجزم به الغزالي وصرح [صاحبا] [١] الشامل و « والتتمة » وغيرهما بالضرب عليهم . انتهى كلامه.

وهذا الذى ذكره عن « الشامل » وغيره ليس عائداً إلى المسألة التى قبله، بل إلى المسألة الأولى وهي الضرب على عصبات المعتق في حياته ؛ فاعلم ذلك ؛ فقد صرح به الرافعي، والمتبادر إلى الفهم من كلام « الروضة» خلافه .

قوله : وألا يضرب على خنثى لاحتمال الأنوثة ، فإن بان ذكراً فهل يغرم حصته التى أداها غيره ؟فيه وجهان مرويان في «التهذيب » . انتهى.

قال في « الروضة » من « زوائده » : لعل أصحهما أنه يغرم .

قوله : وهل يتحمل اليهودي عن قريبه النصراني وعكسه ؟ فيه قولان : انتهى.

والراجح التحمل ؛ فقد قال القاضي الحسين في تعليقته : إنه أظهر القولين ، وهو المذكور في « الحاوي » و « تعليق البندنيجي » وغيرهما ، ولأجل ذلك قال الرافعي في « الشرح الصغير » و « المحرر » : إنه الأصح، وفي « زوائد الروضة » : إنه الأظهر .

قوله : إحداهما : إذا انتهى التحمل إلى بيت المال فلم يوجد فيه مال فهل يؤخذ الواجب من الجاني؟ وجهان بنوهما على أن الدية تجب على العاقلة ابتداء . أو تجب على الجاني وتتحمل عنه العاقلة ؟ فيه وجهان، ويقال : قولان .

فإن قلنا : تجب على العاقلة ابتداء ، لم يؤخذ من الجاني .وإن قلنا : بالتحمل ، فإذا تعذر التحمل أخذ الواجب من الأصل. انتهى.

---

(١) في الأصول : صاحب ، والمثبت من الروضة .

تابعه في « الروضة » على جعل الخلاف في الأخذ من الجاني وجهين، وخالف في « المنهاج » فجعل الخلاف قولين ، وسبب ما وقع في « المنهاج» أن الرافعي عَبّر في « المحرر » بالأظهر ولم يزد عليه فتابعه عليه النووي غافلاً عن اصطلاحه أو غير كاشف عن حقيقة الخلاف فوقع في التناقض .

قوله : وإذا اعترف الجاني بالخطأ أو شبه العمد وكذبه العاقلة وجبت الدية عليه ، فلو مات معسراً ، قال البغوي : يحتمل أن تؤخذ الدية من بيت المال كمن لا عاقلة له ، ويحتمل المنع كما لو كان حياً معسراً .

قال في « الروضة » : الاحتمال الثاني أرجح قوله : وإن كان بعض العاقلة حاضراً وبعضهم غائباً واستووا في الدرجة فهل يقدم الحاضر ؟ فيه قولان ، أصحهما : لا ، بل يسوى بينهم.

ثم قال : والنظم هاهنا وفي « الوسيط » يشعر بتخصيص الخلاف بما إذا كانت المسافة بحيث لا يمكن التحصيل منها في سنة حتى إذا كانت دون ذلك لا يقدم الحاضر بلا خلاف ، وكلام الشافعي والأصحاب لا يساعد عليه ؛ فإنهم فرضوا فيما إذا كان القاتل بمكة والعاقلة بالشام ، وحكوا فيه الخلاف . انتهى كلامه.

وهو يشعر بانفراد الغزالي بذلك حتى أنه في « الروضة » أسقطه بالكلية وهو غريب ؛ فإنه الإمام قد صرح بذلك في النهاية فإنه بعد ذكر المثال عن الشافعي بمكة والشام قال في أثناء الكلام : يجب أن لا يجري هذا في كل غيبة وإن كانت إلى مسافة القصر فإن الضرب سهل على من بعد عن مكان القتل بمرحلتين ، وكذا لو زادت المسافة ؛ فلا بد من رعاية التعذر، وأقرب معتبر في هذا التعذر عندي متلقي من الأجل الشرعي ؛ فإن كان يمكن تحصيل الغرض من الغيبة في مدة سنة فليس الأمر متعذراً ، وإن كان لا يتوصل إلى الضرب عليهم في سنة فيمكن أن يقضى عند ذلك بالتعذر ،

ويجرى فيه القولان .

هذا كلام الإمام وذكر مثله في « البسيط » أيضاً .

قوله : الثالثة : ابتداء المدة في دية النفس من وقت الزهوق .

هذا ما يوجد لأئمة الأصحاب على اختلاف طبقاتهم ، وفي الكتاب إن ابتداء الحول من وقت الرفع إلى القاضي ، وكذا ذكر في «الوسيط » ، وعلله بأن هذه مدة تناط بالاجتهاد ، وصاحب «الكتاب » كالمنفرد بنقل ما ذكره عن المذهب حتى إن الإمام ساعد الجمهور على رواياتهم . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على إنكاره وعبر بقوله : فلا يعرف لغيره . لكن هذا الحكم قد ذكره أيضاً في « البسيط » وعبر بقوله : قال الأصحاب : أول الحول من وقت الرفع إلى القاضي ، إلا أن في النقل المذكور نظراً فإن الفوراني بعد جزمه بما قاله غيره نقل هذا عن أبي حنيفة ، والغزالي كثير النقل عنه ؛ فالظاهر أنه انتقل نظره أو سقط من النسخة المنقول منها ، ووقع في «الكفاية» لابن الرفعة أن الفوراني في « الإبانة » سبق الغزالي إليه . وهو وهم عجيب ؛ فقد راجعت ثلاث نسخ من «الإبانة» فرأيت فيها ما ذكرته لك وهو الجزم بما قاله غيره ، ثم استظهرت فراجعت نسختين من كتابه المسمى «بالعمد» أيضاً فرأيته موافقاً « للإبانة» .

قوله : وإذا جنى العبد تعلق الأرش برقبته .

اعلم أنه لم يتكلم ـ رحمه الله ـ على أنه إذا حصلت البراءة عن بعض الواجب بإعطاء أو غيره هل ينقل من العبد بقسطه أم لا كالمرهون؟ ، وقد صرح بها الرافعي في كتاب الوصايا عند الكلام في الدور الرابع المعقود للجنايات وصحح الانفكاك فقال : إذا جنى عبد على حر وعفى المجنى عليه ومات فإن أجازه الورثة فذاك ، وإلا نفذ في الثلث وانفك ثلث العبد

عن تعلق الأرش .

قال : وأشار الإمام فيه إلى وجه آخر كما أن شيئاً من المرهون لا ينفك ما بقي شيء من الدين .

قوله في أصل « الروضة » : إن أراد سيد العبد فداءه فبكم يفديه ؟ قولان : أظهرهما - باتفاق الأصحاب وهو الجديد - بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية .

والقديم : بالأرش بالغاً ما بلغ .

ثم قال لو قتل السيد عبده الجاني أو أعتقه أو باعه وقلنا بنفوذهما أو استولد الجانية ، لزم الفداء ، وفي قدره طريقان : أحدهما : طرد القولين، وأصحهما :القطع بأقل الأمرين، لتعذر البيع وبطلان توقع زيادة راغب . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من تصحيح طريقة القطع قد خالفه في كتاب البيوع من «الروضة » في الكلام على بيع العبد الجاني فجزم بطريقة القولين ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قال : القسم الرابع : في غرة الجنين

قوله : وهل يعتبر العلم بالجنين أو الانفصال التام ؟ وجهان، أصحهما : الأول فلو ضرب بطنها فخرج رأس الجنين وماتت الأم ولم ينفصل الولد أو خرج رأسه ثم جنى عليها فمات فعلى الأصح تجب الغرة لتيقن وجوده ، وعلى الثاني : لا شيء لعدم الانفصال .

ثم قال : ولو خرج رأسه وصاح فجرّ جارٌّ رقبته ، فإن اعتبرنا العلم بحصول الجنين وجب القصاص أو كمال الدية لأنا تيقنا بخروج الرأس وجوده وبالصياح حياته ، وإن اعتبرنا الانفصال التام لم نوجب القصاص ولا الدية. انتهى كلامه .

وما صححه هنا من أن حكمه كحكم سائر الأحياء في وجوب القصاص أو الدية قد خالفه في الباب الأول من أبواب العدد وكذلك في كتاب الفرائض أيضاً ، وقد سبق ذكر لفظ كل من الموضعين في بابه فراجعه ، ووقعت هذه المواضع في « الروضة » أيضاً على هذا الاختلاف .

قوله في الكلام على الجنين المحكوم عليه باليهودية أو النصرانية : وقول الغزالي : والثاني ثلث الغرة ، الذى يتبادر إلى الفهم منه وجوب جزء من الغرة .

وهذا لم يذكره أحد وإنما هو محمول على إيجاب غرة قيمتها ثلث الغرة الكاملة على ما بيناه . انتهى كلامه .

وذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، وليس الأمر كما زعم من إنكار هذا الوجه ، والذي قاله الغزالي صحيح ؛ فإنه وجه ثابت جزم به القاضي الحسين في « تعليقه » والغريب أن الإمام في « النهاية » حكاه عنه فقال : ونقل عن من يوثق به عن القاضي الحسين أن الجنين إذا كان كافراً

وجب فيه جزء من الغرة نسبته من الغرة نسبة دية أهل الجنين من الدية الكاملة ، فإذا كان الجنين نصرانياً ففيه ثلث الغرة ، وفي الجنين المجوسي خمس ثلث الغرة ؛ فإن الديات هكذا نسبتها .

ثم قال : وهذه الطريقة مقاسة لكنه يجزم على القياس فيما الأصل فيه التعبد .

انتهى موضع الحاجة من كلامه . وهذا الذي حكاه الإمام قد ذكر جميعه القاضي في « تعليقته » وحكاه أيضاً ابن الرفعة في «الكفاية » ولم يتعرض في « الروضة » لشيء من ذلك لتوهمه أن ما قاله الرافعي صحيح وأن عبارة الغزالي مُؤولة .

قوله في أصل « الروضة » : ويجب في الجنين الرقيق عشر قيمة الأم ذكراً كان أو أنثى، وفي الوقت الذى تعتبر فيه قيمتها وجهان، أحدهما : قيمة يوم الإجهاض ، والأصح المنصوص تعتبر قيمته أكبر ما كانت من الجناية إلى الإجهاض . انتهى.

وما ذكره هاهنا قد خالفه في « المنهاج » فقال : والرقيق عشر قيمة أمه يوم الجناية ، وقبل : الإجهاض هذا لفظه .

وقد صحح الرافعي في « الشرح » اعتبار قيمته يوم الجناية كما صححه في « المحرر » وعزاه إلى النص،ثم قال :وإنما يعتبر يوم الجناية لأن القيمة يومئذ أكمل غالباً ، فإن فرضت زيادة القيمة مع تواصل الآلام اعتبرنا تلك الزيادة، وحقيقة هذا الوجه النظر إلى أقصى القيم هذا كلام الرافعي ، ويعلم به أيضاً أن الشافعي لم ينص على الأكبر وإنما هو من تصرف الأصحاب .

قوله :فروع من « مولدات ابن الحداد» وغيرها .

منها :ا لجارية المشتركة بين اثنين بالسوية إذا حبلت من زوج أو زنا

فأعتقها أحدهما بعد ما جنى ثم ألقت جنينا ميتا نظر إن كان معسراً عتق نصيبه من الأم والجنين وعليه نصف عشر قيمة الأم لشريكه .

وهل يلزمه نصف الغرة للنصف الحر ؟ فيه وجهان : قال ابن الحداد: لا ؛ لأنه وقت الجناية كان ملكه له وجناية الإنسان على ملكه لا توجب ضماناً .

وقال آخرون : نعم ، وحكوه عن نصه في « الأم » لأن الجناية على الجنين إنما تتحقق عند الإلقاء وهو حر حينئذ .

والخلاف مبني على وجهين ذكرا في أن الموجب للضمان هو الضرب أو الإجهاض ؟.

أحدهما : الضرب ؛لأنه يؤثر في الجنين ؛ ألا تري أنه يري أثره عليه عند الانفصال .

والثاني : الإجهاض ؛ لأن الرحم محل نشوء الطفل وسبب الهلاك مفارقته .وكلام أكثر الناقلين للمسألة يميل إلى الوجوب، والأولى بالترجيح ما رجحه الشيخ أبو علي في جماعة أنه لا يجب ، وأن الموجب هو الضرب . انتهى كلامه.

وما رجحه الرافعي هنا من عدم الوجوب صرح بتصحيحه النووي في أصل « الروضة » ، ثم ذكر الرافعي بعد ذلك بدون الورقة فرعاً حاصله الجزم بالوجوب وتبعه عليه في « الروضة » فقال : وإن أعتقاها معاً بعد ما جنيا. أو وكلا وكيلاً فأعتقها بكلمة ثم أجهضت فقد عتق الجنين مع الأم قبل الإجهاض فيضمن بالغرة . وفيما يجب على كل واحد منهما وجهان .. إلى آخر ما ذكر .

قوله : ومنها مات رجل عن زوج حامل وأخ، وفي التركة عبد فضرب بطنها فألقت الجنين ميتاً تعلقت الغرة برقبة العبد، وللأم ثلثها

وللعم ثلثاها والعبد ملكهما والمالك لا يتسحق على ملكه شيئاً فيقابل ما يرثه كل واحد بما يملكه ؛ فالأخ يملك ثلاثة أرباع العبد فتتعلق به ثلاثة أرباع الغرة وله ثلثا الغرة يذهب الثلثان بالثلثين يبقى نصف سدس الغرة متعلقا بحصته من العبد والزوجة تملك ربع العبد فيتعلق به الغرة ولها ثلث الغرة يذهب ربع بربع يبقى لها نصف سدس الغرة متعلقا بنصيب الأخ وهو ثلاثة أرباع العبد فيفديه بأن يدفع نصف سدس الغرة إلى الزوجة .والفرع لابن الحداد أيضاً ، وقد يورد جوابه بغير هذا الإيراد ولا يكاد يختلف المقصود . انتهى كلامه.

واعلم أن الإمام أورد جواب ابن الحداد بهذا الطريق الذى ذكره الرافعي وأورده الغزالي في « البسيط » و « والوسيط » بطريق آخر يخالفه في المعنى لكنه لم ينبه على المخالفة إلا في « البسيط » ولم يقف الرافعي هنا على «البسيط» بل وقف على « الوسيط » فظن أن ما قاله ليس مخالفاً في المعنى فقال - أعني الرافعي - في آخر كلامه وقد يورد جوابه إلى آخره ، والذى في البسيط أنه حكى هذه الطريقة .

ثم قال : هكذا أورده الإمام ، وفيه نظر عندي بل الكشف فيه أن يقول فوات الثلث المستحق للأم يضاف إلى جميع الرقبة فيخص ربعها ربع ثلث الغرة فيبقي لها ربع الغرة متعلقا بنصيب الأخ ويعود إلى جانب الأم ويقول ثلثا الغرة فوته العبد فيوزع على الجميع فيخص نصيبه ثلاثة أرباع الثلثين فيبقى له سدس الغرة متعلقاً بنصيب المرأة .

فإن قيل : فإذا كان لها عليه الربع له عليها السدس فيصير السدس قصاصاً بمثله ويبقي للمرأة نصف سدس على الأخ ، وهو الجواب كما سبق - أي : على طريقة الإمام - .

قلنا : نعم هو كذلك ولكن في التقاضي نظر لعدم تعلق الواجب

بدينهما وإنما تعلقه بالرقبة المملوكة لهما ولا تعد في تقدير التقاضي لكن تبقي فائدة وهي أن الأصح أن الواجب في العبد أقل الأمرين وربما لا تفي حصة الأم من العبد بالأرش الذي للأخ وتفي حصة الأخ وهو ثلاثة أرباع أرشها ، فإذا سلمت نصيبها للبيع تعطل ما زاد من نصيبه ولم يتعطل شيء من نصيبها ؛ فعلى هذا الوجه ينبغي أن تعلل المسألة .

هذا كلامه .

وهذه الطريقة التى ذكرها الغزالي وهي أن ينسب الساقط من نصيب كل منهما إلى النصيب لا إلى جملة الغرة متجه ؛ فإن العبد كما يقال : إنه جنى على الجنين .

يقال : إنه جنى على كل جزء من أجزائه فلا يقال ربع العبد جنى على ربعه ولا نصفه على نصفه وإذا أضيف تلف النقص إلى جملة العبد اقتضى أن يكون الساقط من النصيب مضافاً إليه لا إلى الكل .

ووجه اختلاف الطريقين أما في المثال المذكور فنقول على الإيراد الأول يسلم للأخ نصف العبد وقيمته عشرة ، وعلى الإيراد الثاني يبقي له سدس الغرة متعلقاً بنصيب المرأة ، فهو وإن كان يستحق عشرة التى هي سدس الغرة لكن إنما يجب على المرأة أن تسلم ما تعلق به وهو ربع العبد وقيمته خمسة ، فإذا بيع بها لم يصل إليه غيرها وضاعت عليها الخمسة الثانية ؛ فعلى الأول يستقر له ما يساوى عشرة وعلى الثاني يستقر له خمسة فقط .

نعم : إن قلنا الفداء بالأرش لا بالأقل ظهر الاستواء .

واعلم أن التقاضي خاص بالنقدين على المعروف فلا يجيء البحث السابق إلا على وجه ضعيف .

قوله : ومنها قال ابن الصباغ : إذا جنى حر أمه عتيقة وأبوه رقيق على امرأة حامل ثم أعتق أبوه فانجر ولاؤه من معتق الأم إلى معتق

الأب، ثم أجهضت الحامل ؛ فعلى قياس قول ابن الصباغ يتحمل بدل الجنين مولى الأم اعتباراً بحال الجناية ، وعلى قياس قول غيره يتحمل مولى الأب اعتباراً بحال الإجهاض . انتهى كلامه . فيه أمران :

أحدهما : أن تعبير الرافعي أولاً بقوله : فعلى قياس قول ابن الصباغ ، سهو وصوابه - وهو المذكور في « الشامل » - إنما هو ابن الحداد ، وقد أصلحه في « الروضة » بذلك .

الأمر الثاني : أن ما ذكره ابن الصباغ هنا من الجزم بالوجوب وحكاية الوجهين فيمن يجب عليه وأن قياس ابن الحداد وجوبه على موالى الأم وأقره عليه وتباعه عليه في « الروضة » وهو غلط مخالف لكلام الأصحاب في هذه المسألة بخصوصها ومخالف لكلام ابن الحداد بخصوصه أيضاً فيها ؛ فإن ابن الحداد قد جزم بأن هذا الحر الذى عليه الولاء لا يجب عليه شيء ، وتابعه عليه الأصحاب ، وقد أوضح الرافعي المسألة في أوائل العاقلة في الكلام على الولاء فقال : والمتولد من عتيقة ورقيق إن قتل إنساناً فالدية على مولى الأم ،ولو جرح إنساناً فأعتق أبوه ثم مات المجنى عليه فقدر أرش الجناية على موالى الأم والباقي يجب على الجاني لأنه لا يمكن إيجابه على معتق الأم لأنه خرج بإعتاق الأب عن استحقاق الولاء فلا يلزمه ما يجب بعد ذلك ولا يمكن إيجابه على معتق الأب لأنه وجب بسراية جناية وجدت قبل انجرار الولاية إليه فلا يلزمه تحمله ولا يمكن إيجابه على بيت المال لأنه لم يحل عن المعتق ، وأيضاً فالضرب على العاقلة على خلاف القياس فتسقط بالشبهة كالقصاص .

هذا ما أجاب به ابن الحداد وساعده الأصحاب والإمام وصاحب الكتاب احتمال في الضرب على بيت المال لأنه إذا تعذر الضرب على المعتق كان كمن لا معتق له . هذا كلام الرافعي ، وتبعه عليه في «الروضة» .

وهو كما قلنا دليل على بطلان مـا ذكره هنا ، وإنه إنما حصل من غفلة وذهول عما قاله هناك .

والحاصل أن ابن الصباغ اعتبر وقت الجناية في المسألة الأولى وهي ما إذا أعتـق أحد الشـريكين لأنه كان على ملكه إذا ذاك فـاعتـباره يقـتضـي عدم الوجوب فقدم على المـقتضى لأن الأصل العدم ولم يعتبر في المـسألة الثانية وهي التي فـيها انجـرار الولاء واحداً من الأمـرين لأنه يقـتضي أيضـاً عدم الوجوب على العاقلة الذى هو الأصل .

قوله فـي صفة الغـرة : هي رقيق سليم من عـيب يثبت رد المبـيع ، له سن مخصوص .

ثم قال : ولا يجبر على قبول خصى وخنثى وكافر . انتهى.

وما ذكـره في الكافر قد تبعـه عليه في « الروضة » وهو غـريب جداً ؛ فإنه لم ينقل في البيع عن أحد أن الكفر عيب على الإطلاق ، بل قيل : إنه ليس بعيب مـطلقاً ، والصحـيح : أنه إن كان في بلد تقل فـيه الرغبـة كان عيـباً، وكذلك إن كـانت الرغبة لا تقل ولكن كـانت أمة وكفـرها مانع من وطئها كالتمجس والتوثن ، ولا أعلم أحداً ذكر هنا ما ذكره الرافعي .

قوله : ولم يتكلموا في التغليظ عند وجود الغرة إلا أن الروياني قال: ينبغي أن تجب عن عشر قيمتها بنصف عشر الدية المغلظة ، وهذا أحسن. انتهى كلامه.

وما ادعاه من أنه لم يتكلـم فيها إلا الروياني تبعـه عليه في « الروضة » وهو غريب ؛ فـقد تكلم جـماعـة في المسألة منهم القـاضي أبو الطيب في «تعليقته » فقال ما نصه :عندنا أن الغرة تكون مقدرة بخمس من الإبل فينظر في حال الجناية فإن كـانت خطأ فهي مخمسـة في حق العاقلة ، وإن كانت شبه عمد فتكون مثلثة حقة ونصف وجذعة ونصف وخلفتان. هذا لفظه .

وذكر مثله البندنيجي أيضاً وقال إنه مفرع على الجديد ، أما إذا قلنا قيمة الإبل عند الإعواز مقدرة فيعتبر هنا أن تكون قيمة الغرة في الخطأ خمسين ديناراً أو ستمائة درهم ، ويزاد التغليظ قدر الثلث ، وجزم أيضاً الماوردي بالتغليظ وحكى وجهين في كيفيته فقال : إذا ثبت تقدير الغرة بنصف عشر الدية فقال البصريون : تقوم بالإبل لأنها الأصل في الدية ؛فإن كانت الجناية خطأ قدرت بخمس من الإبل مخمسة : بنت مخاض وبنت لبون وابن لبون وحقة وجذعة ، وإن كانت شبه عمد قدرت بخمس مثله كما سبق ، ثم إنا نقوم الإبل بعد ذلك بالدراهم لأنها القيمة، فإن بلغت قيمتها في الغليظ ألف درهم مثلاً وفي التخفيف سبعمائة أخذنا منه غرة قيمتها كذلك ، وقال جمهور البغداديين : نقدرها بالدراهم دون الإبل لأن الإبل ليست مأخوذة ولا من جنس ما تقوم به ، ولو قومت بالإبل لاحتيج إلى تقويم الإبل أيضاً فوجب التقويم ابتداء بالدراهم . هذا كلامه .

وذكر القاضي الحسين في باب الديات من « تعليقته » كلاماً ظاهره حكاية وجهين وأن الصحيح عدم التغليظ .

قوله : أما بدل الجنين الرقيق فلسيده . انتهى.

هذه العبارة أحسن من قول « المنهاج » لسيدها ؛ فإنه يخرج منه ما إذا أوصى بأحدهما دون الآخر فإنه يصح كما سبق في الوصية ويستحق بدل الجنين في هذه الحالة مالكه لا مالك الأم وقد سبقت الإشارة هنا إلى ذلك .

قوله : وإن اتفقا على سقوط الجنين بالجناية فقال الجاني : سقط ميتاً فالواجب الغرة ، وقال الوارث بل حياً ثم مات فالواجب الدية فعلى الوارث البينة لما يديعه من استهلاك وغيره وتقبل فيه شهادة النساء لأن الاستهلاك حينئذ لا يطلع عليه غالباً إلا النساء .

وعن رواية الربيع قول أنه يشترط رجلان . انتهى كلامه.

وهذا الذى حكاه عن رواية الربيع صحيح فقد رأيته في « الأم » في كتاب ديات الخطأ في باب جنين المرأة لكن شرط فيه شرطاً يتعين الوقوف عليه فإنه قال بعد حكايته لهذا القول ما نصه : هذا إذا أمكنهم أن يخرجوه حياً بعد ما يولد ، فأما إذا لم يمكنهم أن يخرجوه لسرعة موته قبلت عليه شهادة أربع نسوة فيشهدن على موته بعد الجناية . هذا لفظه .

باب : كفارة القتل

قوله : الثالثة : القتل المباح لا يوجب الكفارة ؛ وذلك كقتل مستحق القصاص الجاني ، وكقتل الصائل والباغي . انتهى.

وهذا الكلام يوهم أن قتل الباغي للعادل يوجب الكفارة وكذلك كلامه بعد هذا أيضاً في شرط القتيل فإنه قال : الشرط فيه أن يكون معصوماً بإيمان أو أمان، مع أن أشبه الوجهين كما قاله في قتال البغاة أنها لا تجب فتفطن له.

قوله : وإذا وجبت الكفارة على الصبي والمجنون أعتق الولي من مالهما كما يخرج الزكاة .

ثم قال : ولو أعتق الولي من مال نفسه عنهما أو أطعم قال في «التهذيب» : يجوز ذلك إن كان الولي أبا أو جدا وكأنه ملكهما ثم مات عنها في الإعتاق والإطعام، وإن كان وصياً أو قيماً لم يجز حتى يقبل القاضي التمليك ثم يعتق عنهما القيم أو يطعم . انتهى كلامه.

وهذا الذى جزم به هنا من جواز إعتاق الولي من ماله ومن مال الطفل قد خالفه في الباب الثاني من أبواب الصداق في السبب الخامس المعقود لتفريط الولي في المهر ، وقد ذكرت لفظه هناك مع بيان ما فيه من الخلل مبسوطاً فراجعه ، وقال في كفارة الظهار نقلاً عن القفال من غير مخالفه له: ولو قال الولي اعتق عبدك عن ابني فأعتقه صح لأنه يتضمن ولاء إلى مضرة . انتهى .

وجواز هذه الصورة يدل على جوازه في الكفارة بطريق الأولى .

قوله : ولا تجب الكفارة بقتل الحربي فإنا مأمورون بقتله، ولا بقتل المرتد فإنه مهدر مراق الدم وبمثله أجابوا في قاطع الطريق والزاني المحصن ، ولم يوردوا فيه خلافاً لكن قد سبق ذكر خلاف في القصاص ولا يبعد مجيئه في الكفارة . انتهى كلامه.

واعلم أن الرافعي قد ذكر في باب قطع الطريق أن قتله فيه معنى القصاص ومعنى الحدود .

وما الذي يُراعي منهما ؟ فيه خلاف والأصح كما قاله في « المحرر » و«المنهاج »: رعاية معنى القصاص .

قال الرافعي : وللخلاف فوائد .

منها : لو قتله قاتل بغير إذن الإمام فإن راعينا معنى القصاص فعليه الدية لورثته ولا قصاص لأن قتله متحتم ، ويجيء فيه وجه آخر ، وإن لم يراعه: فليس عليه إلا التعزير هذا كلامه . وحاصله تصحيح وجوب الدية ويلزم منه أن يكونوا قد سلكوا به مسلك المعصومين وحينئذ فيلزم القول بوجوب الكفارة على خلاف ما جزم به هاهنا ، وبتقدير تسليم كل من الجوابين بكون التزام إيجاب الدية بدون الكفارة موضعاً لا نظير له .

واعلم أن الرافعي قد ذكر في باب استيفاء القصاص في فصل الحامل أن الجلاد إذا جرى على يده قتل غير مستحق لا تلزمه الكفارة إذا كان جاهلاً بظلم الإمام .

تنبيه : ذكر الرافعي هنا البيات، وهو بباء موحدة مفتوحة بعدها ياء بنقطتين من تحت هو الإيقاع بالعدو ليلاً ؛ يقول منه بيّت العدو بالتشديد ، قال تعالى: ﴿ بَيَاتًا أَوْ هُمْ قَائِلُونَ ﴾ [1].

(١) الأعراف : ٤ . .

كتاب دعوى الدم

قوله :الشرط الثالث أن يكون المدعي مكلفاً ملتزماً، فلا تسمع دعوي صبي ولا مجنون وحربي . انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم سماعها من الحربي قد تبعه عليه أيضاً في «الروضة» وهو ذهول عجيب عن قواعد مذكورة في كتاب السير وغيره فقد نصوا هناك على أن الحربي إذا دخل إلينا بأمان وأودع عندنا مالاً ثم عاد للاستيطان فإن الأمان فيه لا ينتقض على الصحيح، حتى لو كان من جملة ماله عبد كافر فقتله كافر طالبه الحربي بالقصاص أو الدية ، وكذا لو أسلم العبد ولم يتفق بيعه فقتله مسلم .

وذكروا أيضاً هناك أنه إذا اقترض حربي من حربي شيئاً أو اشتراه منه ثم أسلم المديون أو دخل إلينا بأمان فالصحيح المنصوص أن دين الحربي باق بحاله ، وقيل يسقط لأنه يبعد تمكين الحربي من مطالبة مسلم أو ذمي حتى لو قدرنا أن الذى اقترضه أو اشتراه كان عبداً ثم قتل بعد رجوعه إلى مالكه بسبب من الأسباب إما برجوع المقرض أو بفسخ المشترى بالعيب ونحو ذلك طالب بدمه .

وذكروا أيضاً أنه إذا كان في دار الحرب مسلم فاقترض منهم شيئاً أو اشترى منهم عيناً ليبعث إليهم ثمنها أو أعطوه شيئاً ليبيعه في دار الإسلام ويبعث ثمنه فيجب عليه إرساله إليهم ، فلو قتل العبد المذكور طالب بدمه كما سبق ، ولو كان بعد إسلام المقتول وقتل المسلم إياه كما سبق .

قوله : وإقرار المحجور عليه بإتلاف هل يقبل ويوآخذ به ؟ فيه وجهان مذكوران في كتاب الحجر . انتهى.

تابعه في « الروضة » على حكاية الخلاف وجهين فإنهما هكذا مذكوران في الحجر ، والذى سبق منهما هناك إنما هو قولان لا وجهان ، وهو الصواب .

قوله :وإن كانت الدعوي على عبد فإن ادعي العمد ففي القصاص القولان في ثبوته بالقسامة فإن منعناه - وهو الأظهر - أو ادعي خطأ أو شبه عمد تعلقت القيمة برقبته، وذكر الروياني أن المحاملي حكي في «المقنع» قولا أن العاقلة تحمل عن العبد جناية الخطأ ، وحمله على غلط الكاتب . انتهى .

وهذا القول قد رأيته في « المقنع » كما نقله عنه الروياني وزاد على حكايته فقال إنه أصح القولين ذكر ذلك في أثناء باب العاقلة ، وقد حذفه النووي من « الروضة » اعتماداً على قول الروياني إنه غلط من الكاتب ، والظاهر أنه كذلك فإنه لم يذكره في كتبه المبسوطة .

قوله : وللوث طرق منها أن يوجد قتيل في قبيلة أو حصن أو قرية صغيرة وبين القتيل وبين أهلها عداوة ظاهرة . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » . وفيه أمران :

أحدهما : أن وجود بعض القتيل كاف سواء كان الموجود كثيراً أم قليلاً إذا تحقق موته . كذا ذكره الرافعي في أثناء الباب .

الأمر الثاني : أن ذلك الموضع لو كان لا يدخله غير أهله لا يشترط فيه وجود العداوة . صرح به العمراني في «الزوائد » ، وذكر ابن عصرون في «الانتصار » و « المرشد » وجهاً أن عداوة الأكثر كافية ، ووجهاً ثالثا أنه - تكفي عداوة واحد نظراً إلى المعنى .

قوله : ثم قيل : يشرط أن لا يساكنهم غيرهم ، وقيل : يشترط أن لا يخالطهم غيرهم حتى لو كانت القرية بقارعة طريق ويطرقها التجار

والمجتازون وغيرهم فلا لوث ، والأول أوجه . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد تابعه على ترجيح الأول ثم خالفه في « شرح مسلم » فجعل مقابله هو مذهب الشافعي فقال في كتاب القسامة : السابعة : أن يوجد القتيل في محلة قوم أو قبيلتهم أو مسجدهم فقال مالك والليث والشافعي وأحمد وداود وغيرهم : لا تثبت بمجرد هذا قسامة . قال الشافعي : إلا أن يكون في محلة أعدائه لا يخالطهم غيرهم . هذا لفظه .

وهو الصواب الذى عليه الفتوي ؛ فقد رأيته منصوصاً للشافعي وذهب إليه جمهور الأصحاب بل جميعهم إلا الشاذ فقد جزم به أبو الفضل منصور التميمي في كتابه المسمي بـ« المسافر » ونقله فيه عن نص الشافعي ، وقال به أيضاً أبو العباس ابن سريج كما نقله عنه الدارمي في « الاستذكار »، وجزم به أبو حفص عمر ولد الإمام أبي العباس المذكور - أعني : ابن سريج - في كتابه المسمي « تذكرة العالم » ، وابن سراقة في « التلقين » ، وأبو الحسن بن خيران في « اللطيف » ، وأبو الحسن الزجاجي في « تهذيبه » ، والشيخ أبو محمد في « مختصر المختصر» ، والقاضي الحسين والبندنيجي ، وأبو الطيب في تعاليقهم ، والصيمري في « شرح الكفاية » ، والماوردي في « الإقناع »، والدارمي في « الاستذكار » ، وسليم في « المجرد » و«الكافي»، والفوراني في « العمد» و« الإبانة » ، والشيخ في «المهذب» و«التنبيه » ، والمتولي في « التتمة » ، وأبو الفرج السرخسي المعروف بالزاز في كتابه المسمى بـ« الأمالي » ، وأبو عبد الله الطبري في « العدة » ، وأبو نصر البندنيجي في « المعتمد » ، والشاشي في « الحلية » و « المعتمد » و«الترغيب » ، والبغوي في « التهذيب » ، والروياني في « البحر » ، ونصر المقدسي في « المقصود » وفي « الكافي » ، والجرجاني في « الشافي»

و «التحرير» ، وابن عصرون في « المرشد » و « الانتصار » ، وابن جماعة المقدسي في « شرح المفتاح » ، وصاحب «الذخائر» في تصنيفه في أدب القضاء المسمى «عمدة الأحكام» ونقله في «المطلب» أيضاً عن نص الشافعي .

نعم ذهب ابن الحداد إلى اعتبار السكني وأخذ به أبو خلف الطبري في « شرح المفتاح » وابن الصباغ وصاحب « البيان » و « الذخائر » فيها خاصة فإنه خالف في أدب القضاء كما سبق فتبعهم الرافعي ثم النووي غير مطلعين على مجموع ما سبق .

الأمر الثاني : أن ذلك الغير الذى تسط القسامة باختلاطه يشترط فيه أن لا تعلم صداقته للمقتول أو كونه من أهله ، فإن كان كذلك لم تمتنع القسامة . قاله ابن عصرون في كتبه الثلاث : « الانتصار » و « المرشد » و « التنبيه» وتدل عليه قصة جبير فإن المقتول فيها كان معه إخوته ومع ذلك شرعت القسامة .

قوله :ثم إن شهد العدل الواحد بعد دعوي المدعي فاللوث حاصل ، وإن تقدم قول العدل على الدعوي فينبغي أن يكتفى به لحصول اللوث ولا يجعل السبيل فيه سبيل الشهادات المخصوصة بمجلس الحكم المسبوقة بالدعوي ، وفي لفظ الكتاب إشعار به . انتهى كلامه.

وحاصله أنه لم يطلع في المسألة على نقل لأحد فأبدي ما أبداه تفقهًا ، وقد صرح الإمام بالمسألة فنقل عن بعض الأصحاب أن سبيلها سبيل سائر الشهادات ، ثم رأي هو لنفسه ما ذكره الرافعي ، ثم قال في آخر ذلك ما نصه : وينتظم من مجموع ما ذكرناه مسلك أحببته واخترته ومسلك آخر للأصحاب . هذه عبارته .

وذكر أيضاً في الباب مثله فقال : أقول إن العدل الواحد الذي تقبل

شهـادته إذا أخبـر بوقوع القتل علـى صيغـة الإخبار ثبـت اللوث ؛ فإنا لا نشترط في ثبوته مراتب الخصومات . هذه عبارته .

وحكى أبو بكر بن داود الداودي [والمعـروف بالصيـدلاني وجيـهين في الاكتفاء بصيغة الخبر فتلخص] (١) أن المسألة مختلف فيها اختلافاً قديماً .

واعلم أن النووي قد جزم في « الروضة » بما أبداه الرافـعي بحثا فتفطن له .

قوله :ولـو شهد جـماعـة تقبل روايتـهم كعـبيـد ونسوة فـإن جاءوا متفرقين فلوث وإن جـاءوا دفعة فوجهان : أشهرهمـا المنع لاحتمال أنهم تواطئوا أو لقنوا، وأقواهما : أنه لوث . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في أصل « الروضة » قد أطلق التصحيح بأنه لوث ولم يذكر مـا ذكره الرافعي من كـونه بحثا وأن الجـمهور على خـلافه وهو عجيب لا سيما وقد نقـل ابن الرفعة في « المطلب » عن الشافعي أيضاً [أنه ليس بلوث فتعين أن تكون الفتوي عليه .

الأمر الثـاني] (٢) : أنه يشترط مع مجيئـهم متفرقين أن لا يمضي زمان يمكن فيه الاتفاق عـلى ما صدر منهم وهو أن يتفرقوا ثم يخـبروا فقد حكى صاحب « البيـان » فيه وجهين ، وأن أكثر الأصحـاب على اشتراط ذلك ، وهو ظاهر.

قوله : وفي « التهذيب » أن شهادة عبدين أو امرأتين كشهادة الجميع، وفي «الوجيز » : أن القياس أن قول واحد منهم لوث . انتهى.

ذكر مثله في « الروضة » والحكم ما ذكره البغوي من الاكتفاء بالاثنين ؛

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فقد جزم به الماوردي ومثل بالنسوة ونقله عنه الروياني في « البحر » وارتضاه وجزم به أيضاً الخوارزمي في « الكافي ومـحمد بن يحيي في « المحيط » ، وأما مـا نقله عن « الوجيز » واقـتضي كلامـه عدم الوقوف على نقله فـقد صرح به في « الذخائر » فقال : فإن شهد به امرأة واحدة أو عبد واحد تقبل روايته ، فقـد اختلف فيه أصحـابنا ، فمنهم من قال: تقبل، وهو اخـتيار إمام الحرمين . هذا كلامه ، وحكاهما أيضاً ابن يحيي في « المحيط » .

قال رحمه الله : الكلام في مسقطات اللوث

قوله : لكن لو قال الولي : القاتل أحدهم ولست أعرفه ، لم يتمكن من القسامة وله أن يحلفهم ، فإن حلفوا إلا واحداً منهم فنكوله يشعر بأنه القاتل . انتهى كلامه.

وما جزم به هاهنا من التحليف وتبعه عليه في « الروضة » خلاف الصحيح ؛ فقد تقدم في أول الباب أنه لو قال الولي : قتله أحد هذين أو واحد من هؤلاء العشرة وطلب من القاضي أن يسألهم ويحلف كل واحد منهم فإنه لا يجيبه في أصح الوجهين للإبهام كمن ادعي ديناً على أحد رجلين .

والسبب فيما وقع فيه الرافعي هنا أن الغزالي في « الوجيز » ذكره هاهنا كذلك وهو ممن يصحح سماع الدعوي على غير المعين وهو وجه ضعيف فقلده الرافعي فيما ذكره هاهنا ذاهلاً عما تقدم فوقع فيما وقع .

قوله :ولو قال المدعي عليه بالقتل كنت غائباً يوم القتل وأقام بينة بغيبته وأقام المدعي بينة بحضوره ففي « الوسيط » أنهما يتساقطان ، وقال في « التهذيب » : بينة الغيبة مقدمة لأن معها زيادة علم ، وهذا عند الاتفاق على أنه كان حاضراً من قبل . انتهى كلامه.

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً وفيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح ما قاله البغوي فقد نقله الإمام عن أصحابنا مطلقاً وعبر بقوله فقد قال الأصحاب . إلا أنه ضعف مقالتهم ثم اختار ما حاصله أنهما يتعارضان حتى يسقطا على الجديد ، وذكر مثله الغزالي في «البسيط» ، واختصر في «الوسيط » فجزم بالتساقط وهو الذى وقف عليه الرافعي لا غير.

الأمـر الثـاني : أنه قيد محل الخلاف بقـوله في آخر كلامه إن هذا عند الاتفاق على الحـضور قبل ذلك، ولم يبين الحكم عند عدم الاتفـاق عليه ، والمتجه فيه التعارض جزماً لانتفاء التعليل بزيادة العلم .

قوله : ويعتبر في بينة الغيبة أن يقولوا إنه كان غائباً إلى موضع كذا ، أما إذا اقتصروا على أنه لم يكن هاهنا فهذا نفي محض لا تسمع الشهادة به . انتهى كلامه.

واعلم أن ما ذكره وإن كان شهادة على نفي إلا أنه نفي محصور ، وقد اختلف كـلامه وكلام « الروضة » في قـبول الشهادة بمثله ، وسـوف أذكره مبسوطاً في آخر أبواب الدعاوي في الباب المعقود لمسائل منثورة فراجعه .

والخلاف يجرى أيضـاً في دعوي بعض الورثة غيبـة القاتل إذا قلنا : أن التكذيب يبطل اللوث . قاله الماوردي وسكت الرافعي عما لو اقتصر الشهود على قولهم كـان غائباً ، وكـلام الغزالي يوهم أنه لا يكفي أيضاً ، والمتـجه الاكتفاء بذلك نظراً إلى اللفظ وبه جزم أبو عبد الله الطبري في « العدة » .

قـوله : ولو شهـد عدل أو عـدلان أن زيداً قتل أحـد هذين القتـيلين فليس بلوث لأن ذلك لا يوقع في القلب صدق ولي أحدهما . انتهى .

وهذا التعليل يؤخذ مـنه أن صورة المسألة فيما إذا لـم يكن ولى القتيلين واحداً ، فإن كان كذلك كان لوثاً ، وقد صرح به ابن يونس شارح « التنبيه» قال في « المطلب » ويقوي ما قاله إذا قلنا بالصحيح إن الواجب بالقسامة إنما هو الدية خاصة وكانت ديتهما متساوية .

قلت : ويؤيده أيضـاً كلام ذكـره الرافعـي بعد هذا في البـاب المعقـود للشهادة على الدم فقال : وهل يجب في الأرش إذا أطلق الشهود أنه أوضح موضحة وعـجزوا عن تعيينها ؟ وجهان : أصـحهما : نعم ،لأن الأرش لا يختلف بـاختلاف مـحلها وقـدرها ، ويدل عليه ما نص عـليه في « الأم »

أنهما لو شهدا أنه قطع يد فلان ولم يعينا والمشهود له مقطوع اليدين لا يجب القصاص وتجب الدية .

ولو كان مقطوع يد واحدة والصورة هذه فهل تنزل شهادتهم على ما شاهدها مقطوعة أم يشترط تنصيصهم ؟ يجوز أن يقدر فيه خلاف .

هذا كلام الرافعي .

قال في « الروضة » : الصواب هنا الجزم بالتنزيل على المقطوعة .

قوله : فلو لم يوجد بالمقتول أثر أصلاً قال الصيدلاني وصاحب «التتمة » : لا قسامة لاحتمال أنه مات فجأة ، وهو المتوجه ، وقال الروياني : إنها تثبت ، وسياق كلام الإمام يشعر به . انتهى ملخصاً.

والمذهب المنصوص وقول الجمهور: ثبوت القسامة على خلاف المذكور هنا ؛ فقد صرح بأنه لا يشترط الأثر بالكلية الدارمي في « الاستذكار » ، والماوردي في « الحاوي » ، وابن سراقة في « التلقين » ، وابن القطان ، وابن كج - على ما سنوضحه - والقاضي أبو الطيب في « تعليقه » ، وابن الصباغ في « الشامل » ، والغزالي في « البسيط » و « الوسيط » ، والشاشي في « المعتمد » ، والروياني في « البحر » ، والجرجاني في «الشافي » ، والبندنيجي في « المعتمد » ، والقاضي مجلي في «الذخائر »، وهو مقتضي كلام المحاملي في « المقنع » ، والصيمري في « شرح الكفاية»، وسليم الرازي في « المجرد » ، وأبو عبد الله الطبري في «العدة»، ومحمد بن يحيي في « المحيط » ، وتعبير « الوسيط » يدل على أنه مذهبنا لا غير ؛ فإنه قال : لا يشترط عندنا خلافاً لأبي حنيفة ، ونقله أبو الطيب والماوردي والروياني عن نص الشافعي ، وكذلك ابن كج وابن القطان فإنهما نقلا في فروعهما عن الشافعي : أن الرجل إذا دخل دار أعدائه وجرح وسقط ومات فينظر إن كان قد أقبل وأدبر فلا لوث، لأنهم لو قتلوه لصرح

به أو أشار إليه ، وإن لم يقبل ولم يدبر فلوث لأن الظاهر أنه مات من جنايتهم بأن سقوه سماً أو عصروا أنثييه وما أشبهه ، وبهذا النص تندفع الآراء ، وقد اغتر النووي بهذا الترجيح الضعيف الذى ذكره الرافعي على خلاف نص الشافعي والجمهور فصرح في « الروضة » بتصحيحه على عادته؛ فتفطن له واحذره .

وإذا تأملت كلام الرافعي علمت أنه لم يمعن النظر في هذه المسألة .

قوله : وكيفية القسامة أن يحلف المدعي خمسين يميناً . ثم قال : فإن كان الوارث جماعة فقولان : أحدهما : أن كل واحد منهم يحلف خمسين يميناً ، وأصحهما : أن الأيمان توزع عليهم على قدر مواريثهم لأنه ﷺ قال : « يحلفون خمسين يميناً » ، فلم يوجب على الجماعة إلا الخمسين. انتهى كلامه.

وأشار بذلك إلى الحديث الذى قدمه الرافعي قبيل ذلك وهو حديث جبير المعروف المتعلق بحويصة ومحيصة ، والاستدلال به سهو لأن الوارث إنما هو أخو القتيل وهو أخو عبد الرحمن بن سهل ، وحويصة ومحيصة عماه ، والحالف إنما هو الوارث ، وإنما عبر النبي ﷺ بقوله يحلفون ؛ لأن الحلف وإن صدر من واحد لكن بعد اتفاق مع العمين في العادة فإنهما قد حصرا معهما خائضين في القصة فعبر عن اتفاقهم على الحلف بالحلف مجازاً وهو مجاز سائغ حسن ، والغريب أن الإمام قد نبه على ما ذكرناه فكيف غفل عنه الرافعي .

قوله : ولو غاب بعض الورثة فالحاضر بالخيار بين أن يصبر حتى يحضر الغائب ويحلف كل واحد قدر حصته وبين أن يحلف في الحال خمسين ويأخذ قدر حقه ، فلو كان الورثة ثلاث بنين أحدهم حاضر فأراد أن يحلف حلف خمسين يمينا وأخذ ثلث الدية ، فإذا قدم ثان حلف

نصف الخمسين وأخذ الثلث ، فإذا قدم الثالث حلف ثلث الخمسين ويكمل المنكسر وذلك سبعة عشر يمينا ويأخذ ثلث الدية ، ولو قال الحاضر : لا أحلف إلا بقدر حصتي ، لا يبطل حقه من القسامة حتى إذا قدم الغائب حلف معه بخلاف ما إذا قال الشفيع الحاضر لا آخذ إلا قدر حصتي فإنه يبطل حقه لأن الشفعة إذا أمكن أخذها فالتأخير تقصير مفوت واليمين في القسامة لا يبطل بالتأخير . انتهى كلامه.

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً وفيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من أنه يجوز لبعضهم أن يحلف ويأخذ حصته يتجه إذا قلنا :إن تكذيب بعض الورثة لا يمنع القسامة وهو رأي البغوي .

فإن قلنا : يمنع - وهو الصحيح عند الرافعي والنووي - فيتعين انتظارهم لأن توافق الورثة شرط ولا نقول إن الأصل هو التوافق حتى نستند إليه ، والبغوي ذكر هذا الفرع هنا على طريقته المتقدمة فوافقه عليه الرافعي ذهولاً عن مخالفته له أولاً .

الأمر الثاني : أن ما ذكره الرافعي في آخر كلامه من بطلان الشفعة ليس كذلك أيضاً فقد مر هناك أن الصحيح أن الحاضر له أن يؤخر الأخذ إلى قدوم الغائب .

قوله في أصل « الروضة » وهنا صور أخرى في الخناثي تعلم من الضابط والمثال المذكور . حذفها اختصاراً ولعدم الفائدة فيها وتعذر وقوعها . انتهى.

اعلم أن هذا من زوائد النووي وأشار بذلك في حذفه من كلام الرافعي لهذه المعاني وما توهمه ـ رحمه الله ـ من العلم بتلك الصور من الأمثلة السابقة غلط عجيب سببه عدم النظر فيها فتوهم أنها مجرد أمثله مع أن كثيراً منها مسائل مقصودة وفيها خلاف الأصحاب ومباحث للرافعي ولغيره

فلنذكرها فنقول : قال الرافعي : ولابن الحداد صور من هذه القاعدة .

منها : جد وولدان أحدهما مشكل . فالحكم فيها كالحكم فيما إذا خلف ابناً وولدًا خنثي .

والطريق فيهما أن يقال : إن كان المشكل ذكراً فالمسألة من اثنين ، وإن كان أنثى فمن ثلاثة يضرب أحدهما في الآخر فتبلغ ستة فمنها تصح المسألة فيجعل المشكل أنثي في تحليف الجد حتى يحلف ثلثي الأيمان، وذكرًا في ميراثه حتى لا يأخذ إلا نصف الدية ، ويجعل ذكراً في تحليف نفسه حتى يحلف نصف الأيمان وأنثى في الميراث حتى لا يأخذ سوى الثلث .

ومنها : بنت وجد وولد أب مشكل، فإن كان المشكل ذكراً فالمسأله من أربعة، سهم للبنت، وسهمان للجد والأخ ، وإن كان أنثى فهي من ستة: ثلاثة للبنت والباقي بين الجد والأخ بالأثلاث .

والمسألتان متوافقان بالنصف فيضرب أحد العددين في نصف الآخر يحصل اثني عشر فتحلف البنت نصف الأيمان بكل حال ؛لأن نصيبها لا يختلف بذكورة المشكل وأنوثته وتأخذ نصف الدية ، ويحلف الجد ثلث الأيمان لاحتمال أنوثة المشكل ولا يأخذ إلا ربع الدية لاحتمال ذكورته ، ويحلف المشكل ربع الأيمان لاحتمال ذكورته ولا يأخذ إلا السدس لاحتمال الأنوثة .

ومنها : جد وأخت من الأبوين ومشكل من الأب ، وإن كان المشكل ذكراً فالمسألة من خمسة وتصح من عشرة، لأن الأخ من الأب يرد على الأخت من الأبوين تمام النصف وهو سهم ونصف فتضرب الخمسة في مخرج النصف تصير عشرة ، وإن كان أنثى فالمسألة من أربعة وتصح من اثنين لأن الأخت من الأب ترد ما معها إلى الأخت من الأبوين فيصير المال بينها وبين الجد نصفين فيحلف الجد نصف الأيمان لاحتمال أنوثة المشكل ولا

يأخذ إلا خمسي الدية لاحتمال ذكورته ، وتحلف الأخت من الأبوين نصف الأيمان وتأخذ نصف الدية لأن نصيبها لا يتغير بذكورة المشكل أو أنوثته ، ويحلف المشكل عشر الأيمان ويوقف عشر الدية بينه وبين الجد فإن بان ذكراً رد إليه وإن بان أنثي دفع إلى الجد .

وعن بعض الأصحاب : أنه لا يحلف المشكل لجواز أن يتبين أنثي فلا يكون له شيء من الميراث ولكن يوقف فإن بان أنثي فقد حلف الجد والأخت المستحقان تمام الأيمان ،وإن كان ذكراً حلف . عشر الأيمان ودفع العشر إليه .

وقال الشيخ أبو علي : والصحيح عند الجمهور ما قاله ابن الحداد ؛ لأنا وإن حلفنا الجد والأخت تمام الأيمان فلا يتيقن أنهما مستحقان للجميع فيكف يأخذ من الجاني الدية بتمامها ولم يأخذ تمام الأيمان ممن يتيقن أنه يستحق تمام الدية بل يحلف المشكل عشر الأيمان وحينئذ فقد تمت الأيمان ممن يتيقن له الاستحقاق .

واعلم أن صاحب ذلك الوجه إن كان يقول : لا يجوز أن يحلف المشكل ، لاحتمال أنه لا يرث شيئا فحقه أن يقول فيما إذا حلف ولدا خنثي وأخاً لا يحلف الأخ لمثل هذا الاحتمال ، وإن كان يقول لا يكلف أن يحلف ويأخذ تسعة أعشار الدية ويوقف العشر باقياً على من عليه ما تقدم هناك ،ولو كان بدل الأخت من الأبوين أخ من الأبوين فيحلف الجد خمسي الأيمان لاحتمال أنوثة المشكل ويأخذ ثلث الدية لاحتمال ذكورته،ويحلف الأخ ثلثي الأيمان ويأخذ ثلاثة أخماس الدية بالعكس، وتصح من خمسة عشر .

ومنها جد وأخت من الأبوين ومشكل من الأبوين أيضاً فالمسألة على تقدير الذكورة من خمسة وبتقدير الأنوثة من أربعة فيضرب أحد العددين في

الآخر يبلغ عشرين منها تصح فيحلف الجد نصف الأيمان لاحتمال أنوثة الخنثي ولا يأخذ إلا خمسي الدية لاحتمال ذكورته ،وتحلف الأخت ربع الأيمتن ولا تأخذ إلا خمس الدية ، ويحلف المشكل الخمسين من الأيمان لاحتمال الذكورة ولا يأخذ إلا ربع الدية لاحتمال الأنوثة فمبلغ الأيمان ثمانية وخمسون والمأخوذ سبعة عشر من عشرين من الدية وتوقف ثلاثة أسهم ؛ فإن بان الخنثي ذكراً فهي له ليتم له الخمسان وإن بان أنثي فسهمان من الثلاثة للجد ليتم له النصف وسهم للأخت ليتم لها الربع .

قال القاضي أبو الطيب : لو أراد الجد والخنثي أن يصطلحا في السهمين من الثلاثة الموقوفة بينهما على أن يتبين حال الخنثي جاز ، أو يصطلحا على التساوي أو التفاضل ولكن بشرط أن يجعل السهم الثالث للأخت فلا يوقف لأن الوقف إنما يكون بحق الجميع فلا يجوز أن يمكنا من التصرف في السهمين ويبقي الثالث على الوقف ، وتوقف ابن الصباغ فيما ذكره وقال : السهمان اللذان اصطلحا عليهما لا حق للأخت فيهما فلا يلزم إسقاط حق الخنثي من السهم الذي يحتمل أن يكون له ويحتمل أن يكون للأخت .

هذا كلام الرافعي . ثم ذكر بعده مثالين آخرين ليس فيهما زيادة علم فلم أذكرها .

قوله : ولو كان مع المدعي شاهد واحد وارد أن يحلف معه فإن قلنا بتعدد اليمين مع الشاهد فلابد من خمسين يمينا ، وإن قلنا لا تتعدد بل تتحد قال في « الوجيز » : إن شهد على اللوث حلف معه خمسين، وإن شهد على القتل حلف يمينا واحدة . ولك أن تقول : هذا يشعر بالاكتفاء في اللوث بالشاهد الواحد، وما ينبغي للقاضي أن يكتفي به، فإن قول الواحد لا يصلح مثبتاً وما لم يثبت اللوث عند القاضي لا يمكنه البداءة بتحليف المدعي وكأن المراد إثبات الشاهد بما يقيد اللوث وهو الإخبار

عن القتل بدون صيغة الشهادة ، لكن لفظ « الوسيط » بعيد عن هذا التأويل . انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله الرافعي عن « الوجيز » خاصة وتوقف فيه قد أطلق نقله في « الروضة » فلم يضفه إلى « الوجيز » ، ثم إنه أيضاً لم يذكر فيه توقفاً فقال : فإن قلنا تتحد اليمين ، فإن جاء بصيغة الإخبار أو شهد على اللوث حلف معه خمسين وإن جاء بلفظ الشهادة وحافظ على شرطها حلف معه يمينا واحدة .

هذا لفظه ، وهو اختصار عجيب .

الأمر الثاني : أن تعبير النووي أيضاً بقوله : وإن جاء بلفظ الشهادة وحافظ . . . إلى آخره تعبير ناقص مؤذن باشتباه الأمر عليه فإنه لم يذكر المشهود به وهو القتل فأوهم أن المراد اللوث .

قوله : حتى لو مات من عليه دين ولا تركة له فقضاه الورثة من مالهم لزم المستحق قبوله ، بخلاف ما لو تبرع به أجنبي ، قال الإمام : وغالب ظني أني رأيت فيه خلافاً . انتهى .

وهذا الكلام لا يعلم منه أن الخلاف راجع إلى المسألة الأولي أو الثانية ، وقد بينه في « النهاية » وصرح بأنه في الوارث خاصة ، وكذا ذكره الغزالي في « البسيط » فقال : المذهب وجوب القبول .

قوله : قال الإمام : ولو أوصي لإنسان بمال ومات فجاء من يدعي استحقاقه هل يحلف الوارث لتنفيذ الوصية ؟ فيه احتمالان. انتهى .

تابعه في « الروضة » على ذلك وفيه أمران :

أحدهما : أن محل هذين الاحتمالين فيما إذا كانت العين في يد الورثة، فإن كانت في يد الموصي له فهو الحالف جزماً . كذا صرح به

في « المطلب » .

الأمـر الثـاني أن الإمام قد رجح منهـما الحلف فقال: إنه متـجه حسن فقـيه، وقال في الآخـر: يجوز أن يقال كـذا وكذا ،ولم يزد عليه،وقـد ذكر الماوردي والروياني أيضـاً المسألة وجـزمـا بأن الوارث يحلف،وقد ذكـر في أوائل باب الشاهد واليمين فـرعاً آخر قد يشتـبه بهذا وهو غيره كمـا سيأتي إيضاحه .

قوله : نقلا عن الإمام : فالأيمان لا تجب قط .انتهى.

وما ذكره الإمام قد جزم به في « الروضة » وفيه تفصيل متعين استدركه عليـه الشيخ عـز الدين بن عـبد السـلام أنبه عـليه إن شـاء الله تعـالى في الدعاوي .

قوله : ولو شـهد شـاهدان أنه قطع يد فلان ولم يعـينا اليد فـوجدناه مقطوع يـد واحدة فهل تنزل شـهادتهـما على مـا شاهدناها مـقطوعة أم يشترط تنصيصهم ؟ يجوز أن يقدر فيه خلاف . انتهى كلامه.

زاد في « الروضة » فقال : الصواب التنزيل وما ذكـره واقتضي كلامهما عدم الوقوف على نقله قد ذكره الماوردي وجزم بالتنزيل ، وهو مقتضي كلام الغزالي أيضاً ، وقد سبق ذكر المسألة قبل ذلك لغرض آخر .

قوله : وتعليم السحر وتعلمه حرام عند الأكثرين ، وقيل : لا كما لا يحرم تعلم [مقالة] (١) الكفرة وهو ما أورده في « الوسيط » . انتهى .

والنقل في « الوسيط » في هذا الباب هو ما ذكره الرافعي ولكنه قد جزم في كتاب الإجارة من « الوسيط » أيضاً بالتحريم كما قاله الجمهور .

قوله فـي « الروضة » : قد ملفـوفاً وادعي أنه كـان ميـتاً ، فـالمصدق

---

(١) سقط من أ .

الولي في أظهر القولين .

ثم قال : فإن صدقناه - يعني الولي - فحلف فله الدية ، وفي القصاص وجهان ؛ قال الشيخ أبو حامد : لا؛ للشبهة ، وقال الماسرجسي والقاضي أبو الطيب وغيرهما : يجب القصاص لأنه مقتضي تصديقه . انتهى كلامه .

ومقتضاه أن الأكثرين على الوجوب لكنه قد ذكر قبل ذلك في باب اختلاف الجاني ومستحق الدم من زوائده ما يخالفه ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

كتاب الجنايات الموجبة للعقوبات

وهي سبع :

الأولى : البغي .

قوله : عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في المنشط والمكره وأن لا ننازع الأمر أهله [١] .

وما روي أنه ﷺ قال : « من فارق الجماعة قيد شبر فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه »[٢] .

وأنه قال : « من حمل علينا السلاح فليس منا »[٣] وأنه قال : « من خرج عن الطاعة فميتته جاهلية »[٤] .

محمولة على من خالف بلا عذر . انتهى .

أما المَنْشَط : فهو بميم مفتوحة بعدها نون ساكنة ثم شين معجمة مفتوحة .

قال ابن الأثير[٥] : هو مفعل من النشاط ؛ وهو الأمر الذى ينشط له ويخف إليه ويؤثر فعله .

وأما المكره: فهو على وزن مفعل أيضاً .

وأما قيد شبر بكسر القاف فمعناه : قدر شبر .

---

(١) أخرجه البخاري (٦٦٤٧) ، ومسلم (١٧٠٩) .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٧٥٨) ، والحاكم (٤٠١) من حديث أبي ذر رضي الله عنه .
وأصله في الصحيحين من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه البخاري (٦٤٨٠) ، ومسلم (٩٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

(٤) أخرجه مسلم (١٨٤٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) النهاية في غريب الحديث (٥/ ١٣١) .

وأما ربقة : فهو براء مهملة مسكورة ثم باء موحدة ساكنة بعدها قاف ؛ وهي العروة التي في الحبل ؛ وذلك أن صغار الغنم إذا أرادوا ربطها أخذوا حبلاً فجعلوا فيه عري ثم أدخلوا رأس كل واحدة في عروة ، وتسمى كل واحدة من تلك العري ربقة،ويسمى الحبل نفسه ربقاً أي : بغير تاء التأنيث.

وأما الميتة بكسر الميم وهي هيئة الموت وحالته .

قوله : وشترط أن يكون الإمام شجاعاً ليحمي البيضة ، ذا رأي ؛ فالرأي قبل شجاعة الشجعان .

ثم قال : فلا يصلح الناس فوضي . انتهى.

قال ابن الأثير [1]: بيضة الإسلام : مستقر دعوته وموضع سلطانه ومكان اجتماعه ، ويقال لها : الحوزة ، أيضاً يقال فلان مانع لحوزته أي : لما في حيزه ، والحوزة فعلة منه .

وأشار بقوله : فالرأي قبل شجاعة الشجعان إلى قول المتنبي :

الرأي قبل شجاعة الشجعان هو أول وهي المحل الثاني

وأشار بقوله : فلا يصلح الناس فوضي إلى قول الأقوه الأودي :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا
والبيت لا يبنى إلا له عمد ولا عماد إذا لم ترس أوتاد

وفوضى : بفاء مفتوحة وواو ساكنة وضاد معجمة بعدها ألف .

قال الجوهري : تقول : قوم فوضي ، إذا كانوا متساويين لا رئيس لهم، ثم أنشد بيت الأفوه السابق ذكره .

قوله : وفي عدد الذين تنعقد الإمامة ببيعتهم وجوه :

أحدها : أربعون .

---

(١) النهاية في غريب الحديث (٥/ ٤٥١) .

والثاني : أربعة .

والثالث : ثلاثة ؛لأنها مطلق الجمع .

والرابع : اثنان؛ لأن أقل الجمع اثنان .

والخامس : واحد .

والسادس - وهو الأصح - أن المعتبر بيعة أهل الحل والعقد ولو كان واحداً . انتهى .

وما ذكره في تعليله هذا الوجه من أن أقل الجمع اثنان ذكره كذلك القاضي الحسين في « تعليقته » ثم البغوي في « تهذيبه » فقلده فيه الرافعي وهو خلاف المشهور من مذهب الشافعي ومخالف لما جزم به أيضاً في مواضع منها الوقف على الفقراء غير المحصورين أو الوصية لهم وقسم الصدقات .

قوله : وهل يشترط في البيعة حضور شاهدين ؟ فيه وجهان حكاهما في « البيان » .

قال في «الروضة » من زوائده : الأصح أنه لا يشترط إن كان العاقدون جميعاً ، وإن كان واحداً اشترط ذلك ، والمراد بالواحد أي : المطاع كما سبق .

وقوله : ويشترط في انعقاد الإمامة أن يجيب الذى يبايعوه ، فإن امتنع لم تنعقد إمامته ولم يجبر عليها . انتهى .

ومحل ما ذكره فيما إذا كان هناك غيره ، فإن لم يكن من يصلح إلا واحد أجبر ، وقد ذكر الرافعي في نظير هذه الصورة من القضاء خلافاً ، وحكى عن الأكثرين أنه يجوز ثم استشكله، وسوف أذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى .

وادعى في « الروضة » هنا من زوائده أنه يجبر بلا خلاف ، والقياس

تخريجه على الخلاف في القضاء إلا أن يفرق بأن أمر الإمامة أهم .

قوله : وتنعقد الإمامة أيضاً باستخلاف الإمام من قبل وعهده إليه كما عهد أبو بكر إلى عمر رضي الله عنهما ، وانعقد الإجماع على جوازه . انتهى .

وما نقله من الإجماع مردود ؛ فإن فيه وجهين حكاهما الهروي في «الإشراف » فقال : ومن أصحابنا من قال : إنه لا يجوز إلا أن الناس ؛ لأن أبا بكر استرضي الناس فرضوا وسكتوا ، ولأن معاوية لما استخلف ولده قيل له : قد جعلت الخلافة إمارة كسروية يرد الأب على الابن . هذا كلام الهروي .

وحكى الماوردي والروياني كلاهما في كتاب الوصاية عن بعضهم: أنه لا يصح إلا بالرضا ، ورضاهم أن يعلموا به فلا ينكروا ، كما وقع في استخلاف أبي بكر لعمر ، وحكاه أيضاً الماوردي في « الأحكام السلطانية » ، والإمام في «العتابي» وهو قريب من الأول .

قوله : قال صاحب « التهذيب » : والاستخلاف أن يجعله خليفة في حياته ثم يخلفه بعد موته ، ولو أوصي له بالإمامة من بعده ففيه وجهان لأنه بالموت يخرج عن الولاية فلا يصح منه توليه للغير .

ولك أن تقول أولا هذا التوجيه مشكل بكل وصاية ، ثم ما ذكره من جعله خليفة في حياته إما أن يريد به استنابته فلا يكون هذا عهداً إليه بالإمامة ، أو يريد به جعله إماماً في الحال فهذا إما خلع النفس أو فيه اجتماع إمامين في وقت واحد ، أو يريد به أن يقول جعلته خليفة أو إماماً بعد موتي ، فهذا هو معني لفظ الوصية ولا فرق بينهما . انتهى كلامه .

ولم يذكر رحمه الله في كيفية الاستخلاف غير هذه المقالة التي للبغوي،

وقد ظهر لك من كلامه - أي : كلام الرافعي - أنه لا فرق بين الوصية وبين أن يقول جعلته خليفة أو إماماً بعد موتي ، وقد اختصره في «الروضة» على غير وجهه، فإن مقالة البغوي المذكورة أولا لم يحكها بالكلية بل حكي شيئاً آخر ، وذكر أيضاً ما يقتضي أن الرافعي يغاير بين الوصية بها وبين العقد بها له بعد موته فقال : والاستخلاف أن يعقد له في حياته الخلافة بعده ، فإن أوصي له بالإمامة فوجهان حكاهما البغوي .

هذا لفظه من غير زيادة عليه .واعلم أن ما ذكره البغوي قد أخذه من «تعليقه » شيخه القاضي الحسين ؛ فإنه قال : وإذا استخلف الإمام واحداً في مرضه خلفه بعد وفاته فيما كان يتولاه ؛ لأنه لما خلفه في العجز الأوهى فلأن يخلفه في حال العجز الأقوي أولي .

وإذا أوصي إلى واحد بالإمامة بعده فوجهان : أحدهما : يجوز كما إذا استخلف في حياته .والثاني : لا لأنه بالموت خرج عن أن يكون صالحاً للإمامة ، ولم ينعقد الاستخلاف قبله .هذا كلامه .

وقد علمنا به مراد البغوي وإن كان كلام « الروضة » غير مطابق له بالكلية ؛ فتفطن لذلك كله .

وليس فيه ما يدل على أن الخليفة ينوب عن المستخلف في حال الحياة حتى يخرج ثبوت ولايته بعد الموت على انعزال ثواب الإمام بموته، بل معناه أنه صار في حياته خليفة بعد موته ، والمحذور من اجتماع خليفتين ما يترتب على ذلك من اختلاف الكلمة ، وليس ذلك في مسألتنا لأن أحدهما فرع عن الآخر وتصرفه موقوف على موته،وإنما جوزنا ذلك لاتفاق الصحابة عليه ومسيس الحاجة إليه جمعاً للكلمة ومنعاً للطالبين.

قوله : نقلاً عن الماوردي من غير اعتراض عليه : وإنه إذا خلع الخليفة نفسه كان كما لو مات فتنتقل الخلافة إلى ولي العهد ، ويجوز أن

يفرق بين أن يقول : الخلافة بعد موتي لفلان أو بعد خلافتي . انتهى كلامه .

زاد النووي فقال : قلت : توقف إمام الحرمين في كتابه « الإرشاد » في انعزال الإمام بعزل نفسه ، والله أعلم .

والذي ذكره النووي أصلاً وزيادة يقتضي أن ما ذكره الماوردي هو المعروف وأنه لم يظفر بما يخالفه إلا هذا التوقف المذكور عن الإمام ، وهو غريب ؛ فقد ذكر المسألة بعد هذا بنحو ورقة من « الروضة » فقال : ولو خلع الإمام نفسه نظر إن خلع لعجزه عن القيام بأمور المسلمين لهرم أو مرض أو نحوهما انعزل ، ثم إن ولي غيره قبل عزل نفسه انعقدت ولايته وإلا فيبايع الناس غيره .

وإن عزل نفسه بلا عذر ففيه أوجه : أصحها : لا ينعزل ، وبه قطع صاحب «البيان» وغيره .

والثاني : ينعزل لأن إلزامه الاستمرار قد يضره في آخرته ودنياه .

والثالث : وبه قطع البغوي - : إن لم يظهر عذراً بعزل نفسه ولم يول غيره أو ولي من هو دونه لم ينعزل ، وإن ولي مثله أو أفضل ففي الانعزال وجهان .

هذا لفظ « الروضة » . ولم يطلق الرافعي التصحيح وإنما حكى ما صححه النووي عن صاحب « البيان » وغيره .

قوله أيضاً نقلاً عنه : وإنه إذا عهد إلى اثنين أو أكثر على الترتيب فقال الخليفة بعد موتي فلان وبعد موته فلان جاز وانتقلت الولاية إليهم على ما رتب كما رتب رسول الله ﷺ أمراء جيش مؤتة . انتهى .

وترتيب الأمراء المذكورين اختلف فيه كلام الرافعي فذكر في الباب الرابع من أبواب الوصية خلاف ما ذكره في الباب الأول من أبواب الوكالة، وقد سبق ذكر لفظ البابين في موضعهما وبينا وجه الصواب فيه .

ومؤتة : بميم مضمومة ثم همزة ساكنة ثم تاء بنقطتين من فوق : موضع بالشام قريب من الكرك وفيه مشهد عظيم في موضع الوقعة . فيه قبور الأمراء المذكورين رضي الله عنهم .

قوله : ولو سبق أحدهما وتعين واشتبه وقف الأمر حتى يظهر ، فإن طالت المدة ولم يمكن الانتظار فقد ذكر الماوردي أنه تبطل البيعتان وتستأنف بيعة لأحدهما ، وفي جواز العدول إلى غيرهما خلاف . انتهى .

والأصح كما قاله في « زوائد الروضة » : المنع .

قوله : وهل للإمام عزل ولي العهد ؟

قال المتولي : نعم ، والماوردي : لا ، لأنه ليس ثابتاً له بل المسلمين . انتهى .

والأصح هو الثاني . كذا صححه للإمام في «العتابي» والنووي في «زوائده » .

قوله : ثم إن صرحوا بسب الإمام أو غيره من أهل العدل عزروا ، وإن عرّضوا ففي تعزيرهم وجهان . انتهى .

لم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً ، والأصح عدم التعزير .

كذا جزم به المحاملي في « المقنع » والبغوي في « التهذيب » والشيخ أبو إسحاق في « التنبيه » ، وصححه الجرجاني في « التحرير » ، وكلام «الروضة » يشعر به ؛ فإنه قال : الأصح أنهم لا يعزرون قاله الجرجاني وقطع به في « التنبيه » .

ويقتضي أنه لم يقف على ترجيح لغير هذين ، ولا شك أن الأكثرين ساكتون عن الترجيح .

ممن سكت عنه القاضي أبو الطيب في « تعليقه» والماوردي في «الحاوي»

وسليم الرازي في « المجرد » والإمام في « النهاية » والشاشي في «الحلية» والجرجاني في « الشافي » والروياني في « البحر » والعمراني في « البيان» ، واستدل الإمام على التعزير بأن التعريض حرام ، وشذ أبو نصر البندنيجي فجزم في كتابه العمد بالتعزير ، وصححه ابن عضرون في « الانتصار» .

قوله : ولو بعث إليهم والياً فقتلوه فعليهم القصاص .

وهل يتحتم قتل قاتله كقاطع الطريق لأنه شهر السلاح؟ أم لا . لأنه لم يقصد إخافة الطريق ؟ وجهان . انتهى .

والأصح في « زوائد الروضة » : إنه لا يتجه .

قوله :وإن كان لهم قاض قال المعتبرون من الأصحاب : ينظر إن كان يستحل دماء أهل العدل لم ينفذ حكمه لأنه ليس بعدل ومن شرط القضاء العدالة ، ومنهم من يطلق نفوذ قضائهم رعاية لمصلحة الرعايا ، وصرح مصرحون أن من ولاه صاحب الشوكة نفذ قضاؤه وإن كان جاهلاً أو فاسقاً كقضاء أهل البغي ، وإن لم يكن قاضيهم يستحل الدماء والأموال نفذ حكمه .

ثم قال : وعندنا ليس البغي بفسق على ما قدمناه ، ومن الأصحاب من قسم البغي إلى ما هو فسق وإلي ما ليس بفسق ، ويرد قضاء الباغي الذي بغيه فسق . انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره أولاً صريح في أن الباغي الفاسق ببغيه لا ينفذ قضاؤه ، وهو مخالف لكلامه في كتاب القضاء فإنه حكى هذا وجهاً وأبداه في صورة المستغرب ومثل بأهل الهروان وهم ممن يستحل الدماء والأموال ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

الثاني : أن ما ذكره آخراً يقتضي تصحيح انتفاء الفسق بالكلية عن البغي

وجزم في كتاب القضاء بانقسامه إلى فسق وغيره ، ولكن حكي الخلاف في صحة قضائه وسنذكره أيضاً .

وقد ذكر في كتاب الشهادات وكذلك النووي ما حاصله أنه لا فرق بين من يستحل الأموال والدماء في تنفيذ قضائه أم لا ونقله عن نص الشافعي فإنه نص على قبول شهادته وإن اتصف هذا الوصف ، وذلك كله على خلاف المذكور هنا وهو الصواب أيضاً لموافقة النص .

قوله : وإن كتب قاضيهم بسماع البينة دون الحكم المبرم فهل يحكم قاضينا به؟ ، فيه قولان : أحدهما : لا لما فيه من معاونة أهل البغي وإقامة مناصبهم ، وأصحهما : نعم . انتهى كلامه.

وما ذكره من حكاية الخلاف قولين ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً وخالف في « المحرر » فحكاه وجهين فقال : ويحكم بكتاب سماع البينة في أصح الوجهين .

هذا لفظه . وتبعه النووي في « الروضة » و « المنهاج » على هذا الاختلاف .

قوله : ولو أتلف البغاة أو من لهم شوكة شيئاً في حال القتال فلا ضمان عليهم في أصح القولين ترغيباً في تسكين الفتنة .

ولو ارتدت طائفة لهم شوكة وأتلفوا مالاً أو نفساً في القتال ثم تابوا وأسلموا ففي ضمانهم القولان : أشهرهما - عن بعضهم - لا ضمان ، وخالفه البغوي . انتهى.

وما ذكره في المرتدين قد ذكر نحوه في كتاب الردة ، ولم يصرح في البابين بتصحيح ، والصحيح وجوب الضمان كما أوضحته هناك فراجعه .

قوله : ولا يقتل أسيرهم ، فلو قتله عادل ففي وجوب القصاص عليه وجهان لشبهة خلاف أبي حنيفة . انتهى.

والأصح أنه لا قصاص ؛ فقد نقله في « البحر » عن نص الشافعي في «البويطي» وصرح بتصحيحه النووي من « زوائده » غير مطلع على هذا النص ، ونقل أيضاً في « البحر » قبل ذلك بأوراق أن الشافعي نص فيه على أنه لا قصاص أيضاً على قاتل المدبر ولا على المذفف على الجريح لشبهة أبي حنيفة ؛ فإنه جوز ذلك فيهما أيضاً ، ولم يتعرض الرافعي لذلك إلا أن المسائل الثلاث متقاربة في المعنى .

قوله في أصل «الروضة» : ولو انقضت الحرب وجمعوهم باقية لم يطلق الأسير إلا أن يبايع ، وإن بذل الطاعة أو تفرقت جموعهم أطلق .

ثم قال : هذا في أسير هو أهل للقتال ، فأما إذا أُسر نساؤهم وأطفالهم فيحبسون إلى انقضاء القتال ثم يطلقون هذا هو الأصح . انتهى .

وما ذكره في النساء والصبيان قد جزم في « المنهاج » بعكسه فقال: ولا يطلق وإن كان صبياً أو امرأة حتى تنقضي الحرب ويتفرق جمعهم . هذا لفظه .

والرافعي سالم من هذا الاختلاف ؛ فإنه جزم في « المحرر » بمثل ما جزم به في هذا الكتاب - أعني : الشرح - فقال : ولا يطلق الأسير قبل انقضاء الحرب ولا بعد الانقضاء إذا كانت جموعهم باقية إلا أن يرجع إلى الطاعة باختياره ، وإذا وقع نساؤهم وصبيانهم في الأسر حبسوا إلى انقضاء القتال ثم يخلون .

هذا لفظه فاختصره في « المنهاج » على غير ما هو عليه ؛ فتحرر أن الصواب هو المذكور في غير « المنهاج » .

قوله : حتى إنه - يعني : عليا - رضي الله عنه قتل بنفسه ليلة الهرير ألفاً وخمسمائة . انتهى .

والهرير : بهاء مفتوحة ثم راء مكسورة ثم ياء بنقطتين من تحت بعدها راء مهملة هي والتي قبلها ؛ وهي حرب وقعت بينه وبين الخوارج ، وكان بعضهم يهر على بعض فسميت بذلك ، وقيل : هي ليلة صفين بين على رضي الله عنه ومعاوية .

وصفين : بصاد مهملة مكسورة بعدها فاء مشددة ثم ياء ثم نون ؛ وهي اسم لمكان الوقعة .

وقد ذكر هنا ألفاظا أخرى .

منها : ابن ملجم قاتل على رضي الله عنه ، اسمه عبد الرحمن ، وملجم : بضم الميم وفتح الجيم ، هو من بني مراد وكان من الخوارج .

ومنها : الاصطلام : ومدلوة الاستئصال وهو افتعال من الصلم وهو استئصال الأذنين ؛ يقال : صلمت أذنه أصلمتها صلما على وزن ضربت أضرب ضربا إذا استأصلها فهو أصلم .

قوله في أصل « الروضة » : السادسة : لو استعان البغاة علينا بأهل الحرب وعقدوا لهم ذمة ليقاتلوا معهم لم ينفذ أمانهم علينا فلنا أن نقتلهم مدبرين .

ثم قال : فلو قالوا : ظننا أنه يجوز لنا أن نعين بعض المسلمين على بعض، أو ظننا أنهم المحقون، أو ظننا أنهم استعانوا بنا في قتال الكفار، فوجهان : أصحهما أنا نبلغهم المأمن . انتهى.

وهذا الذي ذكره فيما إذا قالوا ظنناهم محقين له شرط آخر وهو أن يقولوا : ظننا أيضاً أن لنا إعانة المحق ؛ كذا صرح به الرافعي في الشرحين «الكبير» والصغير ولكن أهمله من « الروضة » ولم يتعرض له أيضاً في «المحرر » .

الجناية الثانية الردة

قال : الجناية الثانية : الردة .

قوله :وأما التفصيل فقال المتولي : من اعتقد قدم العالم أو حدوث الصانع أو نفي ما هو ثابت للقديم بالإجماع ككونه عالماً وقادراً أو أثبت ما هو منفي عنه بالإجماع كالألوان، أو أثبت له الانفصال والاتصال، أو استحل محرماً بالإجماع أو حرم حلالاً بالإجماع، أو نفي وجوب شيء مجمع على وجوبه أو اعتقد وجوب ما ليس بواجب بالإجماع كفر . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن المجسمة ملتزمون بالألوان والاتصال والانفصال مع أننا لا نكفرهم على المشهور كما دل عليه كلام الرافعي في الشهادات ووافقه عليه في « الروضة » لكن جزم النووي في باب صفة الأئمة من « شرح المهذب » بتكفيرهم ؛ ذكر ذلك قبيل الكلام على منع اقتداء الرجل بالمرأة .

الأمر الثاني : أن جحد المجمع عليه ليس بكفر على الإطلاق بل فيه تفصيل سبق في باب تارك الصلاة .

قوله : وفي كتب أصحاب أبي حنيفة اعتناء تام بتفصيل الأقوال والأفعال المقتضية للكفر وأكثرها مما يقتضي إطلاق أصحابنا الموافقة عليه.

فمنها : إذا قال : لو أعطاني الله تعالى الجنة ما دخلتها . كفر .

وكذا إذا قرأ القرآن على ضرب الدّف أو القضيب .

أو قيل له : تَعلمِ الغيب ؟ فقال : نعم.

واختلفوا فيمن خرج لسفر فصاح العقعق فرجع .

ولو حضر جماعة وجلس أحدهم على مكان رفيع تشبهاً بالمذكرين - أي : الوعاظ - فسألوه المسائل وهم يضحكون منه ثم يضربونه بالمخراق ، أو تشبه بالمعلمين فأخذ خشبة وجلس القوم حوله كالصبيان وضحكوا أو استهزءوا كفر .

وكذا لو قال النصرانية خير من المجوسية ، أو عطس السلطان فقال له رجل : يرحمك الله . فقال آخر : لا تقل للسطان هذا ، أو يسقي فاسق ولده الخمر فينثر أقرباؤه الدراهم والسكر.

وكذا إذا تمني ما لم يحل في زمن كتحريم الظلم والزنا أو شد الزنار على وسطه ، واختلفوا فيمن وضع قلنسوة المجوس على رأسه والصحيح أنه يكفر .

ولو شد على وسطه [حبلا فسأل عنه فقال هذا زنار فالأكثرون على أنه يكفر . أو شد على وسطه] (١) زناراً ودخل دار الحرب للتجارة كفر . انتهى .

والحق ما قاله في « الروضة » أن الصواب في جميع هذه المسائل أنه لا يكفر بشيء منها إذا لم تكن له نية .

واعلم أن الرافعي قد ذكر في أوائل الجنايات في الطرف الرابع ما حاصله أن لبس زي الكفار لا يكون ردة ، ونقل عن صاحب التهذيب أن تعظيم آلهتهم كذلك أيضاً وأقره ولم يبين النوع الذى حصل به التعظيم بل أطلق اللفظ وقد سبق هناك ذكره مع ما ذكره هنا مما ظاهره المعارضة.

واعلم أن هذه المسائل إنما جمعت بعضها إلى بعض وإن كان في خلالها مسائل أخرى فيها كلام لاشتراكها في ظهور عدم التكفير وتصويب النووي

---

(١) سقط من أ .

لذلك في جميعها كما ذكره على خلاف ما أشعر به إيراد الرافعي حيث ارتضاه ولم يرده ، وقد ذكر الرافعي مسائل بالفارسية فحذفها النووي .

واعلم أن المخراق بميم مسكورة ثم خاء معجمة وبالراء المهملة وبالقاف هو المنديل يلف ويضرب به . قاله الجوهري .

قوله في الروضة : ولو قال : لو كان فلان نبياً آمنت به كفر . انتهى .

كذا شاهدته بخط المصنف آمنت بدون ما النافية قبلها ، وهو كذلك في بعض نسخ الرافعي ، وفي بعضها : ما آمنت بإثبات ما وهو الصواب .

قوله : ولو قيل له : قَلّم أظفارك فإنه سنة رسول الله ﷺ ، فقال : لا أفعله وإن كان سنة . كفر .

قال في « الروضة » : المختار أنه لا يكفر بهذا إلا أن يقصد الاستهزاء .

قوله : واختلفوا فيمن صلى بغير وضوء متعمداً أو مع ثوب نجس أو إلى غير القبلة ؛ قال في الروضة : مذهبنا ومذهب الجمهور أنه لا يكفر إن لم يستحله . انتهى .

وهذا الذي يقتضيه كلامه من الكفر إذا استحل الصلاة مع الثوب النجس ممنوع فإنه ليس مجمعاً على المنع منه، بل قد ذهب جماعة من العلماء إلى الجواز وأن إزالتها سنة . منهم ابن عباس وسعيد بن جبير وهي إحدى الروايات عن مالك رحمه الله ، وقد ذكر النووي في كتاب الصلاة من «شرح المهذب » ذلك .

قوله : ولو قيل له : يا يهودي يا مجوسي فقال : لبيك؛ كفر ، ولو أسلم كافر فأعطاه الناس أموالاً فقال مسلم : ليتني كنت كافراً ، فأسلم حتى أعطي ، قال بعض المشايخ : يكفر .

قال في « الروضة » : في الحكم بالكفر في المسألتين نظر .

قال : وقد ثبت في الأحاديث الصحيحة في قصة أسامة رضي الله عنه حين قتل من نطق بالشهادة فقال له النبي ﷺ « كيف صنع بلا إله إلا الله إذا جاءت يوم القيامة ؟ » قال : حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل يومئذ»[١]. ويمكن الفرق بينهما ، والله أعلم .

الطرف الثاني :فيمن تصح ردته .

قوله : ولا تصح ردة صبي ولا مجنون ومن ارتد ثم جن لا يقتل في جنونه ، وكذا من أقر بالزنا ثم جن لا يقام عليه الحد لأنه قد يرجع عن الإقرار ، بخلاف ما لو أقر بقصاص أو حد قذف ثم جن فإنه يستوفي في جنونه لأنه لا يسقط برجوعه ، وبخلاف ما لو قامت بينة بزناه ثم جن .

قال البغوي : هذا كله على سبيل الاحتياط ، فلو قتل في حال الجنون أو أقيم عليه الحد فمات لم يجب بشيء . انتهى .

وما نقله عن البغوي وسكت عليه قد تابعه عليه أيضاً في «الروضة »[٢] وظاهره الاستحباب ، وهو غير مستقيم بالنسبة إلى المرتد ؛ فإنه تصحيح وجوب الاستتابة ينفيه .

قوله : وتصح ردة السكران على المذهب كما سبق في طلاقه ، فإن صححناها فارتد في سكره أو أقر بالردة وجب القتل ، لكن لا يقتل حتى يفيق فيعرض عليه الإسلام . وفي صحة الإستتابة في السكر وجهان حكاهما البغوي : أحدهما : نعم ؛ لكن يستحب أن تؤخر إلى الإفاقة .

والثاني : المنع ، وهو المذكور في « الشامل » لأن الشبهة لا تزول في ذلك الحال ، ولو عاد إلى الإسلام في السكر صح إسلامه وارتفع حكم الردة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

(١) أخرجه مسلم (٩٧) .

(٢) انظر : « الروضة » (١٠/ ٧١) .

أحدهـما : أن الفتوي على صحة الإستـتابة في حال السكر ؛ فقد قال الماوردي : إنه ظاهر مذهب الشافعي .

وقال الروياني في « البحر » : إنه أصح الوجهين .

الأمر الثاني : أنه سيأتي أن توبة المرتد لا تحصل إلا بما يحصل به إسلام سائر الكفار وهو التلفظ بالشـهادتين وحينئذ فجزمه بصحـة إسلامه في حال سكره بعد حكاية الوجـهين جزم منه بصحة توبتـه وذلك عين المسألة الأولى على خلاف ما اقتضاه كلامه من التغاير ، ولا يصح أن يريد بالمسألة الأولى حكاية الخلاف في صحة امتناعه حتى يرتب عليه جواز القتل لأنه علل عدم الصحة بأن الشبـهة لا تزول ،وهذا إنما يستقيم أن يكون تعليـلاً لعدم صحة الإسلام المانع من القتل لا لعدم صحـة الامتناع ، والظاهر أن قوله ولو عاد محله بعد الوجه الأول على أنه تفـريع عليه ويكون بالفاء لا بالواو ، وكأنه كان ملحقاً بالحاشية فأخره الناقل لما بعده .

قـوله : ولو ارتد صـاحـياً ثم سكـر فأسلم فـي سكره حكي ابن كج القطع بأنه لا يكون إسلاماً ، والقياس جعله على الخلاف . انتهى كلامه.

وهذا الذى ذكر الرافـعي أنه القياس واقـتضي كلامه عـدم الوقوف على نقله قد صرح بمقتضاه القاضي أبو الطيب في آخر باب الردة من « تعليقته » فـقـال : فـصل : إذا ارتد وهو صـاح ثم سكر فـأسلم حـال سكره صح إسلامه. هذه عبارته .

ثم نقل بعد ذلك ما يدل على أن الشافعي نص عليه .

قوله : وهل تقبـل الشهادة على الردة مطلقاً أم لا بد من التـفصيل ؟ نقل الإمام تخريجه على الخلاف في أن الشهادة على البيع وسائر العقود هل يجب فيها التفصيل والتعرض للشرائط أم تسمع مطلقة؟؛ فعلى قول لابد من التفـصيل لأن مـذاهب العلماء فيـما يوجب التكفـير مختـلفة

والحكم بالردة عظيم الوقع فيحتاط له ، والظاهر قبولها مطلقة . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وتعبيره بالظاهر هو من تتمة كلام الإمام ، وقد رأيته في « النهاية » كذلك .

إذا علمت ما ذكرناه فاعلم أن ما نقله عن الإمام بحثاً من الاكتفاء بالإطلاق وأقره عليه ، واقتضي كلامه عدم وقوفه على ما يخالفه حتى اغتر به هو فأطلق تصحيحه في « المحرر » وكذلك النووي في أصل « الروضة » عجيب مردود عقلاً ونقلاً .

أما النقل فلأن المعروف وجوب التفصيل على خلاف ما قاله فقد صرح به القفال في « الفتاوي » وكذلك الماوردي في « الحاوي » والغزالي في «الوسيط » في هذا الباب وصرح به في كتاب الشهادات جماعة منهم الشيخ في « المهذب » والشاشي في « المعتمد » وابن عصرون في كتابه المسمى «بالانتصار » والعمراني في « البيان » وهو مقتضي كلام القاضي أبي الطيب في « تعليقته » قبل كتاب القاضي إلى القاضي بأوراق ، وأجاب الرافعي في أوائل الطرف الثالث من الباب الخامس المعقود لتعارض البيتين بنحوه ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

وأما المعقول فلأن الإقرار بكفر مورثه المانع له من الإرث لم ينقله الرافعي في هذا الباب إلا مفصلاً كما ستعرفه مع أن الإقرار أسهل من الشهادة ولهذا لو قال الشخص هذه أختي من الرضاع قال الرافعي ففي «البحر » وغيره أنه لا يفتقر إلى ذكر الشروط إن كان فقيها وإلا فوجهان .

قال : وفرقوا بينه وبين الشهادة بأن المقر يحتاط لنفسه فلا يقر إلا عن تحقيق ، وأيضاً فإن الرافعي والنووي قد صححا أن الشهادة على الجرح لا تقبل إلا مفسرة لاحتمال اعتقاد ما ليس بجرح جرحاً فإن الناس مختلفون

في أسباب الجرح ، وما قالاه فيها مع ما قالاه هنا من قبول الشهادة المطلقة على الردة في غاية التباين فإن الاختلاف فيها أكثر وأمرها أغلظ ولا ينفع في هذا إمكان تلفظ الشهادتين فإنه قد يكون ميتاً فتترتب عليه أحكام المرتدين ويفسخ عليه نكاح زوجاته اللاتي لم يدخل بهن بتقدير حياته .

ثم إن إخبار العدل بتنجيس الماء قد فصلوا فيه بين أن يكون موافقا للمخبر له في اعتقاده أم لا ؛ فإن كان موافقا فيقبل من غير بيان السبب، وإن كان مخالفاً فإن بين السبب قبل وإلا فلا ، وهذا التفصيل لم يذكره في شيء مما تقدم، ولو قيل به هاهنا لم يكن بعيداً ؛ فإن المدرك في الكلام واحد .وأيضاً فقد قالوا في الشهادة بالرضاع : إن تعرض للشرائط قبلت وإلا فوجهان ، قال الرافعي : والأكثرون على أنها لا تقبل لاختلاف المذاهب .

قال : ويحسن أن يتوسط ، فيقال : إن أطلق فقيه يوثق بمعرفته قبل وإلا فلا .

واعلم أن القولين في مسألتنا مخرجان وحينئذ فلا اعتراض على النووي حيث جعله في « الروضة » قولين وفي « المنهاج » وجهين .

قوله : وعلى هذا - أي : قبول الشهادة المطلقة - لو شهد شاهدان عليه ردته فقال : كذبا أو ما ارتددت قبلت شهادتهما ولم يعينه التكذيب بل عليه أن يأتي بما يصير به الكافر مسلماً ، ولا ينفعه ذلك في بينونة زوجته ، وكذا الحكم لو اشترطنا التفصيل ففصلا وكذبهما المشهود عليه، وليس ذلك كما لو شهد شهود على إقراره بالزنا وأنكر لا يحد لأن الإقرار بالزنا يقبل الرجوع فيجعل إنكاره رجوعاً ، ولا يسقط القتل عن المرتد بقوله رجعت فلا يفيد الإنكار والتكذيب . انتهى كلامه.

ومقتضاه أنه لا يحد إذا قال كذبا وقال لم أزن لكنه قد نص على الأولى

في باب حد الزنا ، وحكى فيها وجهين وصحح أنه يحد فاعلمه ولم يتعرض له في « الروضة » هنا .

قوله : ولو مات رجل معروف بالإسلام عن ابنين مسلمين فقال أحدهما إنه مات مسلماً ، وقال آخر : كفر بعد إسلامه ومات كافراً ، فإن بين سببه بأن قال سجد للصنم فنصيبه فيء لبيت المال ، وإن أطلق فثلاثة أقوال :

أحدها : يرثه لأنه قد يتوهم ما ليس بكفر كفراً .

والثاني : يجعل فيئاً لإقراره بكفره وأظهرها : إنه يستفصل ؛ فإن ذكر ما هو كفر كان فيئاً وإلا صرف إليه .

هكذا نقل صاحب الكتاب . انتهى ملخصاً.

وقد اختلف كلام الرافعي في الأصح من هذه الأقوال ؛ فصحح في «الشرح الصغير » القول الثالث الذى صححه الغزالي وهو الاستفصال وعبر بالأظهر كما عبر به أيضاً ، وصحح في « المحرر » الثاني فقال : فإن بين سبب كفره لم يرثه وإن أطلق فكذلك في أظهر القولين . هذا لفظه.

وقد اختلف كلام النووي أيضاً ؛ فإنه صحح في أصل « الروضة » ما صححه الغزالي ثم وافق في « المنهاج » على ما في « المحرر » .

قوله : ولو ارتد الأسير مختاراً ثم رأيناه يصلي صلاة المسلمين ؛ فإن كان في دار الحرب كان إسلاماً وإن كان في دار الإسلام فلا ؛ لأنها قد تكون تقية ، وأما الكافر الأصلي فلا يكون إسلاماً مطلقاً ، وسوى صاحب البيان بينهما في التفصيل . انتهى ملخصاً.

فيه أمران :

أحدهما : أن اقتصار الرافعي على نقل التسوية عن البيان فقط قد تابعه عليه أيضاً في الروضة وهو مشعر بأنهما لم يستحضرا ذلك عن غيره ، وهو

غريب ؛ فإن القاضي أبا الطيب قد صرح بذلك في كـتاب صلاة الجماعة ، وحكاه المتـولي هناك عن نص الشـافعي ، وقـال المحـاملي : يحكم به في الظاهر فإن ادعى خلافه رجعنا فيه إلـيه ، وقد نقل ذلك جميعه النووي في «شرح المهذب » في ذلك الباب ، إلا أنه صحح الأول وهو لا يكون إسلاماً مطلقاً .

الأمر الثـاني : أن النووي قد استدرك عليـه هناك في « شرح المهذب » وقال: هذا إذا لم نسمع منه صيغة الشهادة ، إن سمعناها كان إسلاماً مطلقاً حيث مـا كان من أي كافر كـان إلا على وجه ضعـيف سبق في باب الأذان هذا كلامه . لكن الذي سبق في باب الأذان من كلامه وكلام الرافعي أنه إن كان عيسـوياً لم نحكم بإسلامه وإلا فهو محل الخـلاف والصحيح أنّا نحكم به .

الفصل الثاني في أحكام الردة

قوله : وكذا الكافر الأصلي إذا أسلم وتاب هل يفترق الحال بين أن يكون ظاهر الكفر وبين أن يكون زنديقاً يظهر الإسلام ويبطن الكفر . انتهى كلامه .

وتفسير الزنديق بما ذكره سبق منه أيضاً في صلاة الجماعة وفي كتاب الفرائض ،وقال في كتاب اللعان في الكلام على التغليظ : إن الزنديق هو الذي لا يتنحل ديناً ، وكلامه في نكاح المشركات قريب منه أيضاً ، وهذا التفسير هو الأقرب ؛ فإن الأول هو المنافق وقد غايروا بينه وبين الزنديق .

وفي « الصحاح » للجوهري الزنديق من الثَّنويّة وهو مُعرَّب ، والجمع : الزنادقة .

وقال الرافعي في الديات فيما لو جاء المرتد أو الزنديق أو الوثني رسولاً فقتل : إن المرتد لا شيء فيه ، وفي الوثني دية المجوس ، وفي الزنديق تردد والأصح إلحاقه بالوثني لأنه لم يسبق منه التزام الإسلام وإن كان إلحاقه بالمرتدين من جهة أنه يظهر الإسلام ويتستر بالكفر فإظهاره الإسلام يجعل كإسلام المرتد .

قوله :وتجب الاستتابة ، وفي قول : تستحب ، وهي على الفور ، وفي قول: تمتد إلى ثلاثة أيام ؛ لما روي أن رجلاً وفد على عمر رضي الله عنه من قبل أبي موسى الأشعري فقال له عمر رضي الله عنه : هل من مغربة خبر ؟ فأخبره أن رجلاً كفر بعد إسلامه . فقال : ما فعلتم به ؟ قال: قربناه فضربنا عنقه فقال : هلا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه لعله يتوب ؟ اللهم إني لم أحضر ولم آمر ولم أرض

إذ بلغني(١) . انتهى .

المغربة : بفتح الراء وكسرها على ما دل عليه كلام الجوهري وصرح به غيره قال : وهو الخبر الذي طرأ عليهم من بلاد سوى بلادهم ، وقد تقدم في تارك الصلاة كلام في الفرق بينه وبين المرتد ، فليراجع .

قوله في « الروضة » : فرع : إذا وجب قتل المرتد إما في الحال وإما بعد الإستتابة فقال : عرضت لي شبهة فأزيلوها لأعود إلى ما كنت عليه فهل نناظره لإزالتها ؟ وجهان : أحدهما : نعم ؛ لأن الحجة مقدمة على السيف .

والثاني : لا ؛ لأن الشبهة لا تنحصر فيورد بعضها بإثر بعض فتطول المدة فحقه أن يسلم ثم يستكشفها من العلماء .

والأول أصح عند الغزالي ، وحكي الثاني الروياني عن النص واستبعد الخلاف . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره رحمه الله من حكاية المناظرة عن الغزالي وعدمها عن النص غلط ، بل النص على المناظرة والغزالي ذهب إلى عدمها ؛ كذا ذكره الرافعي فقال فيه وجهان :

أحدهما : نعم لأن الحجة مقدمة على السيف .

والثاني : لا . ثم قال : وهذا أصح عند صاحب « الكتاب » .

وحكى القاضي الروياني الأول عن النص فاستبعد الخلاف](٢) فيه .

هذا لفظ الرافعي . فانعكس علي النووي حالة الاختصار ، وكذلك

---

(١) أخرجه مالك (١٤١٤) ، والشافعي (١٥٠٠) وسعيد بن منصور (٢٥٨٥) ، والبيهقي في «الكبرى » (١٦٦٦٤) من حديث عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه .
قال الحافظ: زعموا أن هذا الخبر ليس بمتصل . وقال البيهقي : ليس بثابت ، لأنه لا يعلم متصلاً .

(٢) سقط من ب .

أيضـاً الموجود في كـلام هذين هو ما ذكـره الرافعي كـالروياني إنما نقل عن النص المناظرة؛ كذا رأيته في « البحـر » وجزم به في « الحلية » والغزالي إنما صحح خلافـها فقال في « الوجيـز » : لم يناظره في أصح الوجهين ، ولم يصحح [شيئا] [١] في « البسيط » و«الوسيط » .

قـوله :وفي مـعني توبة المرتد إسـلام الكافـر الأصلي ، وقـد وصف الشافعي رضي الله عنه توبته فقال : أن يأتي بالشهادتين ويبرأ من كل دين خـالف الإسـلام ، وذكر في مـوضع آخـر أنه إذا أتي بالشـهـادتين حكم بإسلامه ، وليس ذلك باختلاف قول عند الجـمهور بل يختلف باختلاف الكفار .

قال في « التهذيب » إن كان الكافـر وثنياً أو ثنوياً لا يقر بالوحدانية ، فإذا قال : لا إله إلا الله ، حكم بإسلامه ثم يجبر على قبول سائر الأحكام وإن كـان مقـراً بالواحدنيـة غيـر أنه ينكر رسـالة محـمد ﷺ فـلا نحكم بإسلامه بمجـرد كلمة التوحيـد حتي يقول : محمـد رسول الله ، وإن كان من الذين يقولون : إن محمداً ﷺ مبعوث إلى العرب خاصة أو يقول إن النبي محمداً سيبعث من بعد لم نحكم بإسلامه حتي يقول محمد رسول الله إلي جميع الخلق ويبرأ من كل دين خالف الإسلام . انتهى.

فيه أمور :

أحـدها : أن هذا الذي قاله البغوي طريقة نسـبها الإمام في الظهار إلى المحققين ، والظاهر المشهور أن الكلمتين لابد منهما في هذه الحالة ، وقد نبه عليه الرافعي بعد هذا بأسطر ؛ فتفطن له .

الأمر الثاني : أنا إذا اكتفينا في إسلام الوثني ونحوه بالإقرار بالوحدانية على هذه الطريقة فلابـد من عرض الشهادة بالرسالة عليـه أيضاً ، فإن أنكر

---

(١) سقط من أ .

كان مرتداً . كذا قاله الرافعي أيضاً في الظهار ، وكلامه هنا يشعر بأن العرض لا يجب .

الأمر الثالث : أن هذا الكلام يقتضي بظاهره أن المقر بالوحدانية المنكر للرسالة لا يحكم بإسلامه حتي يقر بهما معاً ،وقد صرح في « الروضة » بذلك فقال : حتي يقول مع ذلك : محمد رسول الله .

وهو غلط ؛ فإن أصحاب هذه الطريقة قائلون بالاكتفاء بالإقرار بالرسالة . كذا صرح الرافعي في كتاب الظهار .

الأمر الرابع : أن الطائفة التي تقول أن النبي محمداً سيبعث من بعد .

ذكرها الرافعي أيضاً في الظهار وحكم عليها بمثل ما حكم به هاهنا وحذف النووي ذلك في الموضعين .

قوله :ولو قال الكافر : أنا ولي محمد ، لم يصح إسلامه ؛ لأنه قد يحبه بخصالة المحمودة ، وكذا لو قال : أنا مثلكم أو مسلم أو آمنت أو أسلمت . انتهى.

وهذا الذي قاله فيما إذا قال أسلمت أو أنا مسلم قد ذكر فيه بعد ذلك تفصيلا فقال قبيل الكلام علي ولد المرتد نقلاً عن « المنهاج » للحليمي ما نصه : وإنه إذا قال لملى - أي لصاحب ملة - : أسلم : فقال : أسلمت أو أنا مسلم ، لم يكن مُقراً بالإسلام ، ولو قيل لمعطل : أسلم . فقال : أنا مسلم أو من المسلمين ، كان مقراً بالإسلام ؛ لأنه لا دين له حتي يسميه إسلاماً ، وقد يتوقف في هذا . انتهى كلامه .

وقد خالف في الموضعين جميعاً في آخر الباب الثاني من كتاب اللعان فجزم بأنه قد يكون إسلاماً ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

فتحصلنا على ثلاثة مواضع متخالفة ، ولا ذكر للمسألة في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر » .

قوله : وإن حدث الولد من مرتدين ففيه ثلاثة أقوال : أصحهما - على ما أورده في « التهذيب »- أنه محكوم له بالإسلام والثاني أنه مرتد .

والثالث : أنه كافر أصلي . انتهى .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضاً وصحح في « المحرر » الأول وعَبّر : بالأصح ، وصحح النووي في « المنهاج » : أنه مرتد .

واعلم أن النووي صحح في أصل « الروضة » أنه مسلم ، ولم ينقله عن صاحب « التهذيب » كما نقله عنه الرافعي ، ثم استدرك عليه فقال : كذا صححه البغوي وتابعه الرافعي .

هذه عبارته ،ونسبة ذلك إلي الرافعي مردودة لما عرفته ؛ وسببه أنه يختصر ويتصرف ثم ينسى فيستدرك بعد مدة عليه بناء على أنه من كلام الرافعي .

قوله : فإن قلنا : إنه مرتد ؛ فلا يجوز استرقاقه ، وإن قلنا : كافر أصلي ، جاز استرقاقه .

قال الإمام : ويجوز عقد الجزية معه إذا بلغ ، وهو كالكافر الأصلي في كل معنى . والذي قطع به البغوي وغيره وحكاه الروياني عن المجموع أنه لا يجوز عقد جزية له لأنه ليس كتابياً . انتهى كلامه .

وهذا الذي جزم به الإمام هنا قد حكاه في باب عقد الذمة وجهاً وقال : إنه لا أصل له ، وأن المذهب أنها لا تعقد له ، وإنا إذا قلنا بعقدها ففي حل المناكحة والذبيحة تردد ، وإن الوجه : القطع بالتحريم .

قوله : وهل يزول ملك المرتد عن أمواله بالردة ؟ فيه ثلاثة أقوال .

ثم قال : وأصحها - على ما ذكر صاحب « التهذيب » - التوقف . فإن هلك على الردة بان زوال ملكه بالردة وإن عاد إلى الإسلام بان أنه

لم يزل . انتهى .

صحح في « المحرر » ما صححه البغوي ، وكذلك النووي في أصل «الروضة » ، ولم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » هنا أيضاً .

نعم ذكر في كتاب الكتابة ما حاصلة ترجيح القول بزوال الملك بنفس الردة ؛ فإنه قال ما نصه : وإذا وقفنا ملكه فالكتابة موقوفة أيضاً .

وقيل : لا يجيء في الكتابة الوقف ؛ لأن العقد لا يوقف على أصل الشافعي .

وأجيب عنه بأنه وقف تبين .

ثم قال : والأشبه من حيث الجملة بطلانها .

هذا لفظه .

فترجيحه للبطلان مع القول بصحتها على قول الوقف يلزم منه ترجيح زوال الملك بنفس الردة .

قوله : والخلاف في زوال الملك يجري في ابتداء التملك إذا اصطاد أو احتطب ، فإن قلنا : يزول ، قال الإمام : ظاهر القياس أنه يثبت الملك لأهل الفيء فيما اصطاد أو احتطب كما يتحصل ملك السيد فيما احتطب ، وليكن شراؤه واتهابه كشراء العبد واتهابه بغير إذن السيد حتي يجيء فيه الخلاف ، والذي ذكره المتولي أنه يبقي على الإباحة ، وإن قلنا إن ملك المرتد باق فيملك وإن قلنا : إنه موقوف ، فموقوف ، فإن عاد إلى الإسلام بان أنه ملكه من يوم الأخذ وإن مات مرتداً قال المتولي يكون المأخوذ باقياً على الإباحة وعلى قياس ما ذكره الإمام يتيقن أنه لأهل الفيء . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن ما قاله الإمام من كونه لا يبقي على الإباحة بل يملكه أهل الفيء قد تابعه عليه الغزالي ، والمعروف ما قاله في « التتمة » من بقائه على الإباحة . قد جزم به الماوردي في « الحاوي » ، وقال ابن الرفعة في «الكفاية» : إنه متعين .

الأمر الثاني : أن ما ذكره الإمام أيضاً في الشراء والاتهاب مردود ؛ فإن الإمام قد ذكر في باب العبد المأذون أن شراء العبد إذا صح وقع للعبد ويكون السيد بالخيار بين أن يقره عليه وبين أن ينزعه من يده .

وقضية هذا التخريج أن يقع المرتد ثم ينتقل إلى الفيء وذلك ممتنع ؛ فتعين ما قاله المتولي .

قوله : إذا قلنا : يزول ملكه . لا يصح تصرفه ببيع وشراء وإعتاق ووصية وغيرها لأنه لا مال له ، وفي الشراء ما سبق عن الإمام . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » ، فأما ما ذكره في البيع فهو صحيح وإن ورد على عين ، وأما إذا ورد على الذمة فإنه يخرج على الخلاف السابق بين الإمام والمتولي ، فإن قلنا بما قاله المتولي من امتناع تجدد الملك له فلا يصح إلا ثبوت مقابلة له ، والتفريع على أنه لا يثبت ، وإن قلنا بمقالة الإمام صح وانتقل عوضه إلى أهل الفيء .

وأما ما ذكره في الشراء فهو أيضاً على هذا التفصيل ، وكذلك القول في الإجارة وغيرها من هذه التصرفات .

وأما الوصية : فإن أوصي بشيء غير معين [كالوصية بعبد ودرهم وثلث ماله صح لأن العبرة بحال الموت ، وإن وصي بشيء معين] (١) كهذه الدار فالمتجه الصحة ؛ وذلك لأنه إذا أوصي بعين هي ملك لغيره حالة

(١) سقط من ب .

الوصية ففي الرافعي وجهان من غير تصحيح رجح النووي الصحة ، ثم إن اتفق أنها في ملكه عند الموت أخدها الموصي له وإلا فلا .

ومسألتنا أولى بالصحة ؛ لأن المرتد قادر على تملكها بالإسلام بخلاف ملك الغير فإنه لا يستقل بتملكه .

قوله :وإن قلنا بالوقف فكل تصرف يحتمل الوقف كالعتق والتدبير والوصية فهو موقوف ثم قال : وأما البيع والكتابة والهبة ونحوها فهو على قولي وقف العقود ؛ فعلي الجديد : هي باطلة ، وعلى القديم : توقف إن أسلم حكم بصحتها وإلا فلا . انتهى كلامه .

وما ذكره في كتابة المرتد من بطلانها على الجديد تفريعاً على قول الوقف قد خالفه في كتاب الكتابة ؛ فإنه نقل بطلانها عن القاضي أبي حامد فقط ونقل صحتها عن ابن القطان وابن الوكيل وأبي إسحاق المروزي والشيخ أبي حامد ، ورد مقالة الأول بأن هذا وقف تبين لا وقف صحة ، وهو صحيح على الجديد .

ووقع هذا التناقض أيضاً في « الشرح الصغير » فإنه صرح هنا ببطلانها وصرح في كتاب الكتابة بالصحة ، وقد تقدم ذكر عبارته فيه في المسألة السابقة وجزم في « المحرر » هنا في باب الكتابة بأنها مخرجة على القولين في قوقف العقود على عكس ما قاله في الشرحين هناك .

قوله في أصل « الروضة » : ولا يصح نكاح المرتد ولا إنكاحه لسقوط ولايته ، وحكي البغوي على قولنا : لا يزول ملكه، وجهاً أنه يجوز تزويج أمته إذا لم يحجر القاضي عليه كسائر تصرفاته المالية . قال: وهذا غير قوي وقطع المتولي وغيره بهذا . انتهى كلامه.

وهذا الذي نقله في آخر كلامه عن المتولي ومن وافقه كلام ناقص غير متضح ، وقد بينه الرافعي فقال : وهذا ما أورده صاحب « التتمة » وغيره وقالوا : إنه كسائر التصرفات التي لا تقبل الوقف . هذه عبارته .

فعلمنا : أن الصحيح عندهم البطلان أيضاً وإنما حاولوا تخريج وجه ضعيف .

قوله : وإذا أتلف المرتد شيئاً في حال الحرب هل يضمن ؟ فيه خلاف سبق في قتال البغاة . انتهى .

لم يصرح هو ولا النووي في شيء من كتبهما بتصحيح في هذه المسألة لا في هذا الباب ولا في قتال البغاة إلا أن الشيخ في « التنبيه » قد قال : في الضمان قولين كأهل البغي ، وأقره النووي عليه في تصحيحه ، والأصح في أهل البغي عدم الضمان ؛ فأشعر ذلك برجحان عدم الضمان في المرتد أيضاً . وليس كذلك بل الصحيح وجوبه فإن الذي نص عليه الشافعي في أكثر كتبه كما قاله الماوردي في باب قتال أهل الردة وصححه الشيخ أبو حامد والبندنيجي والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والبغوي ونقله ابن الرفعة عن الجمهور وقطع به القاضي أبو حامد وأبو القاسم الصميري وأكثر البصريين .

قال رحمه الله : الجناية الثالثة : الزنا .

قوله : ويروي أن علياً رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية ثم رجمها(١) .

ومنها : فدك التي غرب ابن عمر أمة إليها .

هي بفاء ودال مهملة مفتوحتين بعدهما كاف ؛ وهي قرية بخيبر بينها وبين مدينة النبي ﷺ مرحلتان ، وقيل ثلاث .

ومنها : أنه ورد في الخبر نفي المخنثين ؛هو جمع مخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح كما سبق إيضاحه في أوائل النكاح .

قوله في « الروضة » : وهل يغرب العبد نصف سنة أم لا

---

(١) أخرجه أحمد (١١٩٠) بسند صحيح .

يغرب ؟ فيه أقوال : أظهرها الأول . انتهى كلامه .

أهمل من كلام الرافعي طريقة قاطعة بتغريب النصف فقال : وعن أبي إسحاق القطع بالنصف . هذا لفظه .

قوله : ولا تغرب المرأة وحدها في أصح الوجهين ، هكذا أطلق مطلقون الوجهين وخصصهما الإمام وصاحب « الكتاب » بما إذا كان الطريق آمنا .

ثم قال ما نصه : وفيه قول بشرعية التغريب من غير أمن الطريق ، وفي البيان وغيره ما يشعر بخلافه . انتهى .

ومعني كلامه أنه يؤخذ مما ذكرناه القول والحكم بأن أصل التغريب لا يتوقف على الأمن فإن تخصيص المرأة المنفردة به يدل عليه .

ثم نقل بعده من كلام العمراني وغيره ما يدفعه حتى لا يغرب أيضاً الرجل ولا المرأة المستصحبة للزوج أو المحرم في حالة الخوف ، وقد حذف في « الروضة » هذا الكلام الذي يؤخذ منه ما ذكرناه ، واقتصر على الأول وهو غريب .

قوله :وإن لم يخرج الزوج أو المحرم إلا بأجرة فهل هي في مالها أم في بيت المال ؟ وجهان كأجرة الجلاد : أصحهما الأول . انتهى ملخصاً.

واعلم أن أجرة الجلاد في بيت المال ، فإن تعذر فقيل : لا تجب على المحدود أصلاً بل بفرض الإمام .

قال الروياني : أو يستأجر بأجرة مؤجلة أو يستأجر من يقوم به ، وقيل: يجب عليه وهو الصحيح ، وقيل : إن كان موسراً وجب وإلا فلا .

هكذا في الرافعي و « الروضة » في باب استيفاء القصاص ؛ وحينئذ فتكون أجرة المحرم هنا في بيت المال ، فإن تعذر جاء فيه الخلاف ، فتفطن له ، وكلامه هنا يوهم أو يقتضي خلافه .

قوله :فإن امتنع مع الأجرة لم يجبر ، وقال ابن سريج : يجبر ؛ فعلى هذا إذا اجتمع محرمان أو محرم وزوج فأيهما يقدم ؟ ولم يتعرض له الأصحاب . انتهى .

قال في « الروضة »: يحتمل وجهين كنظائره :

أحدهما : الإقراع .

والثاني : يقدم الإمام باجتهاده من يراه ، وهذا أرجح ، والله أعلم .

قوله : ولو عين الإمام جهة للتغريب وطلب الزاني أن يغرب إلى جهة أخرى فهل يجاب الزاني ؟ فيه وجهان حكاهما الإمام ورأى الأظهر إجابته وهو ما أورده في الكتاب ، والمذكور في غيره أنه لا يجاب ويوافقه ما في التهذيب أن الإمام لا يرسله إرسالاً بل يغربه إلى بلد معين. انتهى ملخصاً.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله الرافعي هنا عن « التهذيب » فليس مما نحن فيه بل أن دل فإنما يدل على المسألة الآتية من بعد هذه .

الثاني : أن الراجح عدم إجابته ؛ فقد قال في « الشرح الصغير » إنه الأشبه ، وذكر نحوه في « المحرر » وصححه النووي في أصل « الروضة».

قوله :وإذا غرب إلى موضع معين فهل يمنع من الانتقال إلى بلد آخر؟ الذي أورده المتولي واختاره الإمام أنه لا يمنع ، ومنهم من قال : يمنع . انتهى.

لم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً وصحح في أصل «الروضة » الأول .

واعلم أن الرافعي قد ذكر بعد هذا بدون الصفحة كلاماً قد يعارض هذا أو يخصصه فينبغي معرفته فقال : وفي الحلية للقاضي الروياني أنه يلزم

المغـرب أن يقيم في القـرية حتى تكون كـالحبس له في أصح الوجـهين ولا يمكن من السير والضرب في الأرض فتكون كالنزهة .

قوله : فإن لاط ففـيه أقوال : أصحها : أن حـده حد الزنا ، والثاني : يجب التعزير ، والثالث : يجب القتل .

وفي كيفيته وجوه :

أحدها : يقتل بالسيف .

والثاني : يرجم .

والثالث : يهدم عليه جدار أو يرمي من شاهق. انتهى .

أسقط من « الروضـة » القول الموجب للتـعزير فلم يذكره بـالكلية ولم يصحح في « الـشرح الصغـير » أيضـاً شيئـاً من هذه الأوجه المفـرعة على القتل، وأصحها في « زوائد الروضة » هو الأول .

قـوله : ولو وطئ زوجـته أو أم ولده فـي دبرها فالمذهـب أن واجبـة التعزير ، وقيل في وجوب الحد قولان كوطء الأخت المملوكة. انتهى .

وهذه المسألة فيها كلام سـبق إيضاحه في أواخر أبواب النكاح في الباب المترجم له في « الروضة » بالباب التاسع فراجعه .

قوله : ولو وجدنا بامرأة خلية حملاً أو ولدت فأنكرت الزنا فلا حد. انتهى .

وهذه العبارة ناقـصة ؛ فإنها لو سكتت لم تُحد أيضاً وقـد نَبّه عليه في «الروضة» .

قوله : إحـداهما : إذا أولج في فرج ميـتة ففـيه وجهان : أحـدهما : يجب الحد ؛ لأنه حصل إيلاج فرج في فرج محرم لا شبهة فيه .

وأصحـهما : لا يجب ؛ لأنه ممـا ينفر الطبع عنه فلم يحـتج إلى زجر

عنه كشرب البول . انتهى .

تابعه النووي في « الروضة » وفي « فتاويه » على تصحيح عدم وجوب الحد؛ ومقتضاه أنه لا فرق بين أن تكون الميتة مباحة له في حال الحياة أم لا ، وبه صرح في باب الغسل من « شرح المهذب »؛ فإنه حكى فيها ثلاثة أوجه، ثم قال : أصحها : لا حد مطلقا، والثاني :يجب ، والثالث : إن كانت مباحة له في حياتها بزوجية أو ملك فلا حد وإلا فيجب .

وهذا الثالث قيل : إنه منصوص عليه . انتهى .

ثم صحح - أعني النووي - في باب الغسل أيضاً من « النكت » التي صنعها على « الوسيط » الوجه الثالث وعبر بالأصح ، ومن خطه نقلته .

قوله في إتيان البهيمة : وهل تقتل ؟ نظر إن كانت مأكولة قتلت عند الشيخ أبي حامد وجماعة ، ومنهم من قال : فيه وجهان ، وإن لم تكن مأكولة فوجهان . انتهى ملخصاً.

وحاصله : رجحان القتل في المأكولة وعدم الترجيح في غيرها ، والأصح فيها - أعني غير المأكولة - عدم القتل . كذا صححه النووي في «الروضة » و «تصحيح التنبيه» ولم ينبه في «الروضة» على أنه من « زياداته» بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له.

ولم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً ولا تعرض للمسألة في «المحرر» .

قوله : وهل يحل أكلها إذا كانت مأكولة وذبحت ؟ فيه وجهان : أحدهما : نعم ، وهو ما أورده الإمام وصاحب « التهذيب ».

وأصحهما عند الشيخ أبي حامد : المنع . انتهى.

والراجح على ما دل عليه كلام الرافعي في « الشرح الصغير » وهو الحل وقد صرح بتصحيحه صاحب «التنبيه» والنووي في أصل «الروضة».

قوله : القسم الأول : الشبهة في المحل بأن يكون مملوكاً له كما لو وطئ جاريته المحرمة عليه بمحرمية رضاع أو نسب بأن كانت أخته من الرضاع أو النسب أو كانت بنته أو أمه من الرضاع ففي وجوب الحد قولان : أصحهما : لا يجب .

ويجري الخلاف فيما إذا كانت موطوءة ابنه أو أبيه .

ولو كانت جارية مشتركة بينه وبين غيره أو جاريته المزوجة أو المعتدة عن زوجها ففيه طريقان : أحدهما طرد القولين ، وأقواهما : القطع بالمنع؛ لأن تحريمهن لا يتأكد ؛ فأشبه وطء الحائض والمحرمة ومن في معناهما ، ولا الجارية المجوسية والوثنية .

وكذا إذا أسلمت جارية ذمي فوطئها قبل أن تباع عليه .

ويدخل في هذا القسم وطء الأب جارية الابن لشبهة حقه في مال الابن ويجوز أن يعد منه وطء الحائض والمحرمة ومن في معناهما. انتهى كلامه .

واعلم أن بعض ما نريد التنبيه عليه موقوف على ذكر عبارة « الروضة » فنقول : قال في اختصاره لكلام الرافعي ما نصه : أما الشبهة في المحل فوطئ زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء أو جارية ولده لا حد فيه ، ولو وطء أمته المحرمة عليه بمحرمية رضاع أو نسب أو مصاهرة كأخته منهما وأمه وبنته من رضاع وموطوءة ابنه وأبيه لم يجب الحد على الأظهر .

ولو وطئ جارية له فيها شرك أو أمته المزوجة أو المعتدة من غيره أو المجوسية أو الوثنية أو أسلمت أمة ذمي فوطئها قبل أن تباع فلا حد على المذهب ، وقيل : فيه القولان .

فإن قلنا : لا حد ، ثبت النسب والمصاهرة ، وإلا فلا ، وقيل : يثبت

النسب وتصير الجارية أم ولد بلا خلاف .

انتهى كلام « الروضة » (١) ، وحينئذ فنعود إلى ما أردناه من التنبيه على كلام الرافعي وهو أمور :

الأول : أن ما صححه من عدم ثبوت النسب إذا قلنا بوجوب الحد فتدخل فيه مما تقدم مسائل فيها كلام : أحدها : وطىء جاريته المحرمة عليه برضاع أو غيره ، وقد اختلف كلامه فيها فصحح في أواخر النكاح في الفصل المعقود لوطء جارية الابن المترجم له في « الروضة » بالباب العاشر ما اقتضاه كلامه هنا من نفي النسب ، وقد سبق ذكر لفظه هناك ثم خالف الموضعين جميعا في كتاب أمهات الأولاد فجزم بثبوته مع القول بوجوب الحد وسوف أذكره هناك إن شاء الله تعالى فراجعه .

المسألة الثانية : أن يطأ الجارية المشتركة وما دل عليه كلامه هنا قد خالفه في الكلام على وطء جارية الابن فجزم بثبوت الاستيلاد ، وإن قلنا بثبوت الحد ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه ، وجزم أيضاً في باب الكتابة ، وإذا قلنا بثبوت نسبه من الجارية المشتركة كان مبعضاً ، وقيل : يكون كله حراً ، وهل الخلاف وجهان أو قولان ؟ وقع فيه اختلاف في كلام الرافعي بين كتاب السير وكتاب الكتابة سوف أبينه في موضعه إن شاء الله تعالى .

الأمر الثاني : في الكلام على قول الرافعي وتصير الجارية مستولدة بلا خلاف ، وهو من وجهين : الأول : أن ظاهره أنه حكم مستأنف ثابت على [كل] قول وليس تفريعاً على القول بثبوت النسب فإنه لو نفاه أولاً تفريعاً على ما قبله لكان إثباته بعد ذلك يكون تفريعاً على ما بعده لكنه لم يفعله فاقتضى القول تأمنة الولد على كل قول ، وليس كذلك ، أما إذا قلنا بعدم ثبوت النسب فلا يمكن المصير إليه ، وأما إذا قلنا بثبوته فقد ذكر الرافعي تفريعاً عليه في وطء جارية الولد التي ليست مستولدة له ثلاثة

(١) انظر : « الروضة » (١٠ / ٩٣) .

أقوال: أصحها : أنها تصير أم ولد ، وثانيها : لا ، وثالثها : إن كان موسراً فنعم وإلا فلا .

وأما الثاني من الوجهين المشار إليهما أولاً فهو أن الجارية المشتركة إنما تصير كلها أم ولد إذا كان الواطيء موسراً . كذا نبه عليه الرافعي في كتاب الكتابة .

الأمر الثالث : في الكلام على قوله : ويجوز أن نعد منه وطء الحائض والمحرمة ومن في معناهما والكلام عليه من وجهين : أحدهما : أن المعنى والتقسيم من أوله إلى آخره يقتضي تصوير ذلك في الإماء أو أنهن داخلات إن لم يرد تخصيصهن .

الوجه الثاني : أن تعبيره بقوله : ومن في معناهما يدخل فيه المرهونة والمكاتبة والصائمة والمعتكفة اعتكافاً واجباً وغير ذلك ، وإن أدرجنا فيه الزوجة دخل فيه أيضا الرجعية والمظاهر عنها .

وإذا علمت ذلك فقد اختصره في « الروضة » اختصاراً عجيباً ؛ فإنه خصص الكلام بالزوجة وحصر الذي في معناهما بالصائمة فراجعه في أول كلامه فإنه قدمه إليه .

ثم إنه - أعني النووي - جعل الأمة قبل الاستبراء وجارية الولد من القسم المتفق عليه ولم يلحقه بما بعده مما فيه القولان ولا مما فيه الطريقان .

فأما المشتراه فلم يذكرها الرافعي ، والقياس فيما إذا كانت موطوءة البائع أن تكون كالأمة المعتدة عن غيره لا سيما إذا لم يستبرئها البائع ، وقد حكى فيها طريقين - أعني المعتدة - وأما جارية الابن ففيها قولان مذكوران في النكاح ، وكلام الرافعي ظاهر في إلحاق ذلك بالمختلف فيه فتأمله .

قوله : ولو ظنها جارية له فيها شرك وكانت غيرها وقلنا لا يجب الحد بوطء المشتركة قال الإمام : فيه تردد ، ويجوز أن يقال : لا حد ؛ لأنه

ظن ما يسقط الحد ، ويجوز أن يقال : يحد ؛ لأنه علم التحريم وإنما جهل وجوب الحد ، وكان من حقه أن يمتنع . انتهى .

والصحيح عدم الوجوب ؛ فقد صحح الرافعي والنووي ذلك فيما إذا سرق مال غيره على ظن أنه لأبيه أو ابنه وأن الحرز ملكه ، وهو نظير مسألتنا إن لم يكن إياها .

والفرق بين هذه المسائل وبين ما إذا علم التحريم ولكن اعتقد عدم الحد أو سرق دنانير يظنها فلوساً أنه هنا قد اعتقد أمراً نعتقده نحن مسقطاً وأما هناك فإنا نعتقده موجباً ، وقد ذهل النووي عن المنقول في باب السرقة وعن التفرقة بين المعينين المذكورين ورجح هنا من « زوائده » الوجوب فقال : إنه الظاهر الجاري على القواعد في نظائره ، وقال ابن الرفعة في أوائل الجنايات من المطلب أيضاً إنه الظاهر .

وما قالاه هو السابق إلى الوهم في بادي الرأي ؛ فمن حقق المعنى وتأمله ووقف على المنقول هناك ظهر له بطلانه .

قوله :ولو علم التحريم ولم يعلم تعلق الحد به فقد جعله الإمام على التردد الذي ذكره فيمن وطء من يظنها مشتركة فبانت غيرها . انتهى .

والصحيح في هذه المسألة وجوب الحد ؛ كذا جزم به الرافعي في شارب الخمر فقال : وإن قال: علمت التحريم ولم أعلم أن فيه حداً أقيم عليه الحد؛ لأنه إذا علم التحريم فحقه أن يمتنع .

هذا لفظه . وهو نظير المسألة إن لم تكن إياها ، ولم يستحضر النووي ما ذكره الرافعي هناك إلا أنه صحح من « زوائده » الوجوب فقال : الصحيح الجزم به .

قال : وهو المعروف في المذهب والجاري على القواعد .

قوله : وهل يستحب للشهود كتمان الشهادة في حدود الله تعالى؟

فيه وجهان : أصحهما : لا ؛ لئلا تتعطل . انتهى .

وما ذكره هنا من تصحيح عدم الكتمان قد جزم بخلافه في الباب الأول من كتاب الشهادات في أثناء السبب السادس في الكلام على شهادة الحسبة، وقد اختلف كلام « الروضة » أيضاً في المسألة فإنه جزم باستحباب الستر في كتاب الشهادات متابعة للرافعي وفي آخر الباب الثاني من أبواب القضاء من « زوائده » ثم ذكر هنا من « زوائده » تفصيلاً فقال : الأصح التفصيل؛ وهو أنه إن رأى المصلحة في الشهادة شهد وإن رآها في الستر ستر ، وذكر الرافعي المسألة في « الشرح الصغير » في هذا الباب فقط كما ذكرها في الكبير ولم يتعرض لها في « المحرر » ولا في « مختصره » .

قوله : وإذا أقر بالزنا ثم رجع سقط الحد . وهل يستحب له الرجوع؟ فيه وجهان يقاس أحدهما باستحباب الستر في الابتداء ، ويفرق في الثاني بأن الهتك قد حصل . انتهى كلامه.

والراجح على ما تلخص من كلام الرافعي في الشهادات بعد الكلام على شهادة الحسبة الوجه الثاني ؛ فإنه جزم بأن من ظهر عليه الحد يستحب له أن يأتي الإمام ليقيمه عليه . قال : لأن الستر قد فات ، وإذا جزم بالإتيان إليه عند الظهور لفوات الستر كان الجزم بعدم الرجوع عن الإقرار أولى وقد وافق النووي في « الروضة » على المذكور هناك ولم يستحضره هنا فرجح من زوائده بحثاً الأول فقال : مقتضى الحديث الصحيح في قصة ماعز رضي الله عنه أنه يستحب ؛ فهو الراجح والله أعلم .

قوله : ولو قتله رجل بعد الرجوع ففي وجوب القصاص وجهان نقلهما ابن كج ورأي الأصح أنه لا يجب ، ونسبه إلى أبي إسحاق لاختلاف العلماء في سقوط الحد بالرجوع . انتهى.

ومقتضى هذا الكلام رجحان السقوط بعد الرجوع والجزم بذلك قبله ،

وقد وافق في الروضة عليه .

وإذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن النووي قد ناقض ذلك في « تصحيح التنبيه » فصحح وجوب القصاص على من قتل زانيا محصنا ثبت زناه بالإقرار من غير تفصيل بين ما قبل الرجوع وما بعده ، وهو تناقض عجيب .

الأمر الثاني : أن مقتضى كلامه في كتاب الجنايات في الركن الثاني المعقود للقتل الجزم بالوجوب إذا كان بعد الرجوع ، وقد تقدم هناك إيضاح المسألة . وما يفتي به منها فراجعها .

قوله : وهل يشترط في الإقرار بالزنا التفسير كما في الشهادة أو لا يشترط كما في القذف ؟ فيه وجهان . انتهى كلامه .

والراجح اشتراط ذلك ؛ كذا رجحه الرافعي في كتاب السرقة في أواخر النظر الثاني المعقود لإثبات السرقة فقال بعد حكاية الوجهين ما نصه : أولاهما أنه يجب التفصيل احتياطاً للحد وسعياً في ستر الفاحشة بما أمكن . هذا كلامه .

وعبر عنه في « الروضة » : بالأصح ، ورجحه أيضاً في « الروضة » هنا من « زوائده » غير مستحضر لكلام الرافعي في ذلك الموضع فقال : الاشتراط أقوي ، ويستأنس فيه بقصة ماعز .

قوله : وإن كان المرض مما لا يرجى زواله كالشل والزمانة ، أو كان مخدجاً ضعيف الخلقة لا يحتمل السياط فلا يؤخر الحد ؛ إذ لا غاية تنتظر . انتهى.

قال الجوهري: المخدج : بميم مضمومة وخاء معجمة ساكنة ودال مهملة مفتوحة بعدها جيم ، وهو ناقص الخلقة ، ومنه قول علي في ذي الندية مخدج اليد ؛ أي : ناقص اليد ، وفي الحديث : « كل صلاة لا يقرأ فيها

بأم القرآن فهي خداج »[1] ؛ أي : نقصان ، بمعنى ناقصة .

قوله : وإذا وجب حد القذف على مريض قال القاضي ابن كج يقال للمستحق : إما أن تصبر إلى البرء أو تقتصر على الضرب بالعتكال ، وفي « التهذيب » : أنه يجلد بالسياط سواء كان المرض مما لا يجري زواله أو مما يرجي لأن حقوق العباد مبينة على التضييق . انتهى كلامه.

تابعه في « الروضة » على حكاية الوجهين من غير ترجيح ، والصحيح ما قاله في « التهذيب » ؛ فقد جزم به الرافعي في كتاب الجنايات في باب استيفاء القصاص في الكلام على وقت القصاص ونقله عن البغوي والغزالي وغيرهما .

قوله : وفرق صاحب « التهذيب » بأن الرجوع على الإقرار مستحب وإن كان صادقاً . انتهى .

وما ذكره من استحباب الرجوع فيه كلام سبق ذكره فراجعه .

قوله في « الروضة » : فرع : لو جلد الإمام في مرض أو حر شديد أو برد شديد فهلك المجلود بالسراية فالنص أنه لا يضمن ونص أنه لو ختن أقلف في شدة حر أو برد فهلك أنه يضمن ؛ فقيل في وجوب الضمان : فيهما قولان ، وقيل : بظاهر النصين وهو الأصح لأن الجلد ثبت بالنص والختان بالاجتهاد . فإن أوجبنا الضمان فهل يضمن جميعه أو نصفه ؟ فيه وجهان . انتهى.

فيه أمـــور :

أحدها : أن مقتضاه تصحيح طريقة التقرير والرافعي لم يصححها ولا نقل أيضاً تصحيحها عن أحد .

---

(١) أخرجه مسلم (٣٩٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

الثاني : أنه لم يصحح في الختان هنا شيئاً وإنما قال والظاهر في الجلد أنه لا يضمن وإن أثبتنا الخلاف .

نعم صححه في باب ضمان إتلاف البهائم .

الثالث : أن الأصح من الوجهين الأخيرين ضمان النصف .

كذا صححه الرافعي في الباب المذكور . لكن في الختان خاصة إلا أن الجلد أولى بذلك منه لأنه أخف ؛ ولهذا كان الصحيح فيه عدم الضمان بخلاف الختان .

قوله في المسألة : قال الإمام : فإن لم نوجب الضمان فالتأخير مستحب لا محالة وإلا فوجهان ، وفي «المهذب» وغيره إطلاق القول بأنه لا يجوز ، ويجوز أن يقال بوجوب التأخير مع الاختلاف في الضمان . انتهى ملخصاً.

ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وجزم في « المحرر » بأن التأخير مستحب إذا فرعنا على الأصح وهو عدم وجوب الضمان ، ولم يصحح شيئا على القول الآخر ، ووافق النووي في « المنهاج » على ما في «المحرر» وخالف في « الروضة » فصحح من «زوائده » وجوب التأخير سواء قلنا بالضمان أم لا .

فقال : المذهب وجوب التأخير مطلقاً هذا لفظه .

قوله في الحديث : « إذا زنت أمة أحدكم وتبين له زناها فليجلدها ولا يثرب عليها ... » [(١)] **إلى آخره .**

قيل : معناه لا يوبخها ولا يعيرها ، وقيل : لا يبالغ في جلدها بحيث يدميها . انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١١٩) ، ومسلم (١٧٠٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

التثريب : بالثاء المثلثة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ لَا تَثْرِيبَ عَلَيْكُمُ الْيَوْمَ ﴾[(١)] ؛ أي : لا توبيخ ولا لوم .

والتفسير الثاني الذي ذكره الرافعي مأخوذ من الثرب بفتح الثاء المثلثة وهو شحم يغشي الكبد؛ أي: لا يبالغ في الضرب بحيث ينتهي إلى الثرب.

قوله : وهل الأولى للسيد إقامته بنفسه ليكون أستر أم الأولى أن يفوضه إلى الإمام ليخرج من خلاف أبي حنيفة في إلحاقه بالحر ؟ فيه وجهان نقلهما الشيخ أبو خلف الطبري . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح الأول لثبوت الحديث .

قال : ولا يراعي الخروج من خلاف بخلاف السنة .

قوله في « الروضة » : ومن بعضه حر لا يحده إلا الإمام . انتهى.

ذكر الرافعي عن الإمام أنه رأى عن الصيدلاني أنه كالمدبر وأنه غلط ، ولم يذكر هذا الوجه في « الروضة » .

قوله : ثم ما سبيل إقامة السيد الحد على مملوكة؟ فيه وجهان . تتخرج عليهما أكثر صور الفصل : أحدهما : أنه يقيمة بالولاية كما يلي أمر تزويج المملوكة ، وأصحهما بالملك . انتهى.

وقياسه على النكاح عجيب ؛ فإن الخلاف في النكاح والحد واحد وكذلك الراجح فيهما أيضاً .

قوله : وفي المرأة وجهان أصحهما أن لها إقامة الحد على رقيقها بناء على أن سبيلها سبيل الإصلاح .

ثم قال : والوجهان في المرأة يجريان في الفاسق والكافر والمكاتب ، والأظهر أنهم يقيمون ، ويقال : إنه منصوص عليه في القديم في حق الفاسق . انتهى.

(١) يوسف : ٩٢ .

وما ذكره في المكاتب مردود فإنه مصادم لنص الشافعي في « الأم » فإنه قال في الكتابة في أوائل [باب] [١] الجناية على المكاتب ورقيقه ما نصه : قال الشافعي : وليس لسيد المكاتب إن زنا أن يحده ولا إن أذنب أن يجلده، وللمكاتب أن يؤدب عبده وليس له أن يحده لأن الحد لا يكون إلى غير حر .

هذا لفظه بحروفه ومن الأم نقلته ، وهو ظاهر مقيس . وإذا منع الشافعي العبد فالكافر أولى .

قوله في أصل « الروضة » : وهل يقيم الأب والجد والوصي والقيم [الحد][٢] على رقيق الطفل ؟ وجهان ، وقيل : لا يجوز لغير الأب والجد وفيهما الوجهان ، ويشبه أن يقال : إن قلنا : الحد إصلاح ، فلهم إقامته ، وإن قلنا : ولاية ، ففيه الخلاف . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أن حكايته للطريقة الثانية غلط على العكس مما قاله الرافعي؛ فإن الرافعي قد قال ما نصه : ورقيق المجنون والصبي ذكر فيه طريقان إحداهما : أن أباه وجده يقيمان الحد عليه ، وفي الوصي والقيم وجهان.

والثاني : أن في الكل وجهين .

هذا لفظه فانعكس عليه حالة الاختصار .

الأمر الثاني : أن تصحيحه لطريقة الوجهين لم يذكره الرافعي كما عرفت .

قوله : ولو شاهده السيد فهل يقيم الحد عليه ؟ فيه وجهان بناء على أن القاضي هل يقضي بعلمه في الحدود ؛ والأظهر نعم . انتهى كلامه

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

بحروفه .

وهو عجيب ؛ فإن المشهور أن القاضي لا يقضي في الحدود بعلمه ؛ كذا ذكره في كتاب القضاء ، وبالغ فرجح طريقة القطع به ، وصحح في «الروضة» هنا أن السيد يقيمه ولم يتعرض للبناء المذكور ، وقد ظهر لك أن مدرك الوجهين هو التخريج على هذا الأصل فيكون المذكور في هذا الموضع سهواً فاجتنبه .

قوله : فروع عن « التهذيب » : لو قذف المملوك زوجته المملوكة فهل يلاعن السيد بينهما كما يقيم الحد ؟ فيه وجهان . انتهى .

هذه المسألة نقلها الرافعي في اللعان عن المتولي وبين للوجهين مدركاً يقتضي تصحيح اللعان فقال : فيه خلاف بناء على إقامته الحد على عبده وسماع البينة ؛ فعلمنا أن مدرك الخلاف مع تجويز إقامة الحد إنما هو سماع البينة والمرجح سماعه إياها .

قال : الجناية الرابعة : القذف

قوله : ولا يحد الأب والجد بقذف الولد وولد الولد ، وقال ابن المنذر: يحد .انتهى .

والأم والجدات كالأب ؛ نص عليه الشافعي في « الأم » ونبه في «الروضة» من « زوائده » على الحكم ، إلا أنه لم ينقله عن أحد .

قوله :فرع : لو عفي عن الحد على مال فأحد الوجهين أنه يجوز كما تفتدي المرأة بالمال في الخلع ، والثاني : المنع ، ونظيره العفو عن الشفعة على مال .انتهى .

والصحيح عدم الجواز ، وقد جزم به الرافعي في أول باب العفو عن القصاص ، وصححه في « الروضة » هنا من « زوائده » غير مستحضر للمذكور هناك .

قوله :وعن الشيخ إبراهيم المروروزي أنه حكي عن أستاذه النيهي .. إلى آخره .

النيهي : بنون مسكورة ، وقد تقدم الكلام عليه في أول الكتاب .

قوله : فرع : لو تقاذف شخصان لم يتقاصا لأن التقاص إنما يكون عند اتفاق الجنس والصفة ، والحدان لا يتفقان في الصفة أو لا يعلم التساوي لاختلاف القاذف والمقذوف في الخلقة وفي القوة والضعف غالباً . كذا ذكره إبراهيم المروروزي . انتهى .

واعلم أن الرافعي والنووي قد صححا في الكلام على التقاص - وهو في باب الكتابة - أن التقاص مختص بالنقدين وحينئذ فتعليله ونقله عن المذكور خاصة لا حاجة إليها ، بل مضران موهمان .

قال رحمه الله : الجناية الخامسة : السرقة

والنظر في أطراف :

الأول : في الأركان

قوله : ولو سرق ربعاً من الذهب الخالص كالسبيكة والحلي وهو لا يبلغ ربعاً مضروباً بالقيمة ففي وجوب القطع وجهان : أحدهما : يجب؛ لبلوغ عين الذهب قدر النصاب ، وإلى ترجيحه ميل كلام جماعة منهم البغوي ، وقال في البيان إنه المذهب .

والثاني : المنع ، ويحكى عن الإصطخري وابن أبي هريرة وأبي على الطبري وأبي الحسين العبادي ، وهو أظهر عند الإمام وغيره ، ووجه بأن لفظ الخبر هو الدينار وهو إنما يقع على المضروب ، ويؤيده أن التقويم إنما هو بالمضروب دون غيره .

ولو سرق خاتماً وزنه دون الربع وقيمته يبلغ بالصنعة ربعاً ففي القطع الوجهان ؛ إن اعتبرنا القيمة وجب ، وإن اعتبرنا العين فلا . انتهى كلامه.

وحاصلة أن المسألتين تشتركان في التخريج على الوجهين، إلا أن المسألة الثانية يثبت لها من الحكم عكس ما يثبت للأولى ؛ لأنها عكسها في التصوير ؛ وحينئذ فإن اعتبرنا الوزن : أوجبنا في الأولى دون الثانية ، وإن اعتبرنا القيمة أوجبنا: في الثانية دون الأولى .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي في « المحرر » قد صحح اعتبار القيمة ؛ فإنه اقتصر على المسألة الأولى وصحح عدم وجوب القطع ، وفي كلام «الشرح» إشعار به ، وصرح النووي بتصحيحه في « أصل الروضة » ولم ينبه على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

الأمـر الثـاني : أن النووي قد حـصل له في « الروضة » غـلط فاحش وذهول عجيب فإنه سوي بين المسألتين وصحح فـيهما معاً عدم الوجوب ثم عقب ذلك بقـوله : والخلاف في المسألتين راجع إلى أن الاعتـبار بالوزن أم بالقيمة ؟ هذه عبـارته . ولو اقتصر على التصحيح فيهـا ولم يعقبه بما عقب لكان أستر له ، بل أقام دليلاً قطعياً على غلطه .

وأعجب من ذلك أنه لما صـحح في الأولى عدم الوجوب عـبر بالأصح ولما صحح في الثانية عـبر بالصحيح فاقتضى أن الذي من حقـه أن يصححه في الثانيـة - وهو الوجوب - ضعيف بالنسـبة إلى تصحيـحه في الأولى ، وذلك كله عجيب وأوقع النووي في الغلط تعبير الرافعي بقوله : ففي القطع وجهان .

قوله : وإذا ادعى السارق الملك لنفسه لم يقطع على المنصوص الذي قـال به أكثـر الأصحـاب ، فإن قلنـا به فسـرق اثنان وادعى أحدهمـا أن المسروق لنفـسه أو لهمـا وأنكره الآخر واعتـرف بالسرقـة فلا قطع على المدعي ، وفي المنكر وجهـان : أظهرهما عند الإمـام والغزالي أنه يجب ، وبه قال ابن القـاص واختاره ابن الصـباغ لأنه مـقر بأنه سرق نصـاباً فلا شبهة.

ولو قال أحدهما : هذا ملك شريكي وأخذت معه بإذنه وأنكر الآخر فـالذي نقلوه أنه كـالصـورة المتـقـدمـة لا قطع على مـن يدعي أنه ملك صاحبه ، وفي المنكر وجهان :

قـال في « التـهذيب » والأولى أن يـقال : يجب القـطع على المنكر ؛ لأنه لا يدعي شبهة ، وفي المدعي وجهان .

ثم قال مـا نصه : ولو سرق عبـد وادعى أن المسروق ملك سيـده فإن صدقة السيـد سقط القـطع تفريعـاً على النص وإن كـذبه فـوجهـان :

أحدهما : لا يسقط لأنه يدعي الملك لسيده وهو منكر كما ذكرنا في الشريك ، والثاني : يسقط كالحر [يدعي الملك لنفسه] (١) **وهذا ما أورده في « الكتاب » مع حكاية الوجهين فيما إذا ادعي الملك للشريك ، وإليه ذهب صاحب « التلخيص »، وقد يفرق بأن يد العبد كيد السيد فجعلت دعوي ملك السيد كدعوى الحر ملك نفسه بخلاف الشريك .** انتهى كلامه .

وفيه ذهول من وجوه :

أحدها : في قياس القطع على ما سبق في الشريك .

والثاني : ما دل عليه كلامه من التعجب من طريقة الغزالي حيث جزم بعدم القطع في العبد وحكى الوجهين فيمن ادعى أنه لشريكه .

والثالث : في الفرق على طريقة الغزالي وبيان الوهم أن العبد هو نظير الشريك المدعي الملك لنفسه ، وقد جزم الغزالي فيه بالقبول كما جزم في العبد ، وإنما حكى الوجهين في الشريك الذي هو معترف بأن الملك لغيره ونظيره في مسألة العبد إنما هو السيد لكن السيد لم يسرق حتى يأتي فيه الوجهان .

فإذا استحضرت ما ذكرناه وتأملته ظهر لك الأوهام التي حصلت وكأن الرافعي وقع في ذهنه أن العبد كالشريك المكذب فبني عليه ، وقد تبعه في «الروضة » على الوهم أيضاً وصحح في أصل « الروضة » في مسألة العبد سقوط القطع .

قوله : الثانية: إذا سرق شيئاً من الملاهي كالطنبور والمزمار وفي معناهما الأصنام ، فإن لم يبلغ بعد الكسر نصاباً فلا قطع ، وإن بلغ فوجهان :أظهرهما عند الأكثرين : أنه يقطع . انتهى ملخصاً.

---

(١) سقط من أ .

ذكر في « الشرح الصغير » نحوه أيضاً ، وخالف في « المحرر » فصحح عدم القطع عند بلوغه النصاب وعبر بالأصح ، واستدرك عليه في « المنهاج» فصحح الوجوب .

قوله : أما إذا سرق ذمي مال المصالح فالصحيح أنه يقطع لأنه مخصوص بالمسلمين ، ولا ينظر إلى إنفاق المال عليهم عند الحاجة لأنه للضرورة ومشروط بالضمان ، وفي وجه : لا قطع واختاره البغوي وقال: لا ينبغي أن يكون إنفاق الإمام عليهم مشروطاً بالضمان . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن البغوي لم يختر عدم القطع بل ذكره احتمالاً بعد أن جزم بالقطع .

الثاني : أن الرافعي قد أطلق في كتاب اللقيط أنه إذا لم يكن له مال أنفق عليه من بيت المال من غير رجوع على الصحيح . ثم حكى بعد ذلك في الحكم بإسلامه أو كفره وجهين في اللقيط الكافر وقال : أصحهما أنه كالمسلم في الإنفاق عليه من بيت المال .

قوله : ولو سرق المكاتب من سيده فوجهان ، وبالمنع قال صاحب «التلخيص » وهو الذي أورده الروياني . انتهى .

والراجح عدم القطع ؛ كذا صححه النووي في أصل « الروضة » .

تنبيه : قد ذكر الرافعي هنا ألفاظاً منها الكثير الوقاع في قوله ﷺ : « لا قطع في كثر ولا تمر » (١) .

قال : والكثر : جمار النخل ؛ وهو شحمه . انتهى .

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٨٨ - ٤٣٨٩) ، والترمذي (١٤٤٩) ، والنسائي (٤٩٧٥ - ٤٩٨٥) ، وابن ماجه (٢٥٩٣) من حديث رافع بن خديج.

قال الشافعي في القديم : إنه مرسل .

الكثر : بكاف ثم ثاء مثلثة مفتوحتين بعدها راء مهملة . كذا قاله ابن الأثير وغيره ، وضبطه الجوهري ، وأورده الحديث المذكور وفسروه بما فسر به الرافعي وهو الجمار - بضم الجيم وتشديد الميم - : اسم لقلب النخلة الذي يقطع ويؤكل عند قطع النخلة أو سقوطها .

قال الجوهري : ويقال إن الكثر هو الطلع .

ومنها : المجن : بكسر الميم ، اسم للترس الذي يتقى به في الحرب مأخوذ من الجنة بالضم وهو السترة .

ومنها العيبة : بعين مهملة مفتوحة ثم ياء ساكنة بنقطتين من تحت بعدها باء موحدة ، وهي وعاء تجعل فيه الثياب . جمعها عياب .

ومنها الصيادلة : بصاد ودال مهملتين بينهما ياء بنقطتين من تحت ، اسم، للعطارين ، واحده صيدلاني ، ويقال أيضاً بالنون من الصندل وهو شجر طيب الرائحة .

ومنها الفامي : بالفاء والميم ، وهو بائع الفوم ؛ وهو الحمس بلغة الشام كما قال الجوهري لكنهم غيروه في النسب ،ويطلق الفوم أيضاً في لغة العرب على الثوم وقرئ قوله تعالى: ﴿ وَفُومِهَا ﴾[1] بالفاء والثاء أيضاً [2].

ومنها : الشرائج : بالشين المعجمة والجيم : اسم لما ينصب على الحوانيت التي تباع فيها أواني الخزف لتكون عوضاً عن الأبواب ، واحده شريجة قال الجوهري : هو شيء ينسج من سعف النخل يحمل فيه البطيخ ونحوه .

(١) سورة البقرة (٦١) .

(٢) وهي قراءة ابن مسعود وابن عباس ، قال ابن جني : يقال : الثوم والفوم بمعني واحد ؛ كقولهم جدث وحدف ، وقام زيد ثم عمرو ، ويقال أيضاً : فُمَّ عمرو ، فالفاء بدل فيهما جميعا . «المحتسب » (١/ ٨٨) .

ومنها المسوح : بميم مضمومة وسين وحاء مهملتين ، وجمعه مسح بكسر الميم وهو ثوب من شعر أسود يسمى بالثلاثين تتخذ منه الغرائر ليحمل فيه التبن .

ومنها الكدس : بضم الكاف وسكون الدال والسين المهملتين هو الصبرة من الحب ، جمعه أكداس .

ومنها التنضيد بالضاد المعجمة وهو جعل بعض الأمتعة فوق بعض ، يقال نضده تنضيداً ونضده بالتخفيف نضاً .

ومنها الردء : براء مكسورة ودال مهملة ساكنة بعدها همزة هو العون ، قال تعالى حكاية عن موسى في طلبه لهارون عليهما الصلاة والسلام : ﴿ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي ﴾ [1] وتقول : أردأه . أي : أعينه .

ومنها الجوالق : بجيم مضمومة وقاف ، اسم الوعاء ، وجمعه جوالق أيضاً لكن بفتح الجيم ، وجواليق بزيادة الياء ؛ قال الراجز :

ياحبذا ما في الجواليق السود   من حسكيان وسويق وقيود

أي : جعل فيه القيد بالقاف وهو المطبوخ من قصب السكر .

قوله : ولا يشترط أن يكون المسروق في يد المالك بل المسروق من المودع والمرتهن والوكيل وعامل القراض والمستعير والمستأجر يوجب القطع ، والخصم فيها المالك . انتهى .

وما ذكره في المودع من أنه لا مخاصمة له بل المخاصمة للمالك قد اختلف فيه كلامه وكلام « الروضة » ، وقد بسطت ذلك في كتاب الإجارة فليراجع منه .

قوله : إن رسول الله ﷺ قال : « لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة

(١) سورة القصص (٣٤) .

جبل ، فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن(١) .

وحريس وخريب الجبل ما سرق من الجبل من المواشي ، ويقال إن سارقها يسمى خارباً . انتهى كلامه .

الخريبة : بخاء معجمة مفتوحة وراء مهملة مكسورة بعدها ياء بنقطتين من تحت ثم باء موحدة ، هي المسروقة فالخريبة بمعنى المخروبة ؛ يقول : خرب فلان إبل فلان يخرب خرابة فهو خارب على وزن كتب يكتب كتابة فهو كاتب .

قال الشاعر :

والخارب اللص يحب الخاربا

ونقل الجوهري عن الأصمعي أن هذا اللفظ لا يطلق إلا على سرقة الإبل خاصة وأقره عليه .

ومعنى الحديث : أنه لا قطع في الثمار المعلقة على النخيل ولا في الإبل المسروقة من الجبال لعدم الحرز .

قوله : والمتبن حرز للتبن . انتهى .

فصل بعد هذا بدون ورقتين فقال : إن كان في العمران فذاك ، وإن كان في الصحراء فلا بد من حارس .

قوله : ولو نام في صحراء أو مسجد أو شارع فسرق سارق المنديل من رأسه أو المداس من رجله قطع ؛ لأنه محرز به . انتهى .

المراد بالمنديل هو العمامة ، وهو اصطلاح كثير من المشارقة .

والمداس : بفتح الميم وحكي كسرها ، وهو مشتق من الدوس بالفتح

---

(١) أخرجه مالك (١٥١٨) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٧٠٠١) بسند ضعيف لانقطاع فيه ، لكن أخرجه أبو داود (١٧١٠) ، والترمذي (١٢٨٩) ، والنسائي (٤٩٥٧) ، وابن ماجة (٢٥٩٦)، والحاكم (٨١٥١) ، والدارقطني (٣/ ١٩٤) ، والطحاوي في « شرح المعاني » (٤٥١٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وسنده حسن .

على المحل والكسر على الآلة .

قوله : والدار إن كانت منفصلة عن العمارة فليست بحرز إن لم يكن فيها أحد ، فإن كان فيها نائم وبابها مغلق ففيه وجهان ؛ الذي أجاب به الشيخ أبو حامد ومن تابعه أنها تكون حرزاً ، والموافق لما أطلقه الإمام وصاحب التهذيب خلافه . انتهى.

وقد اختلف كلام الرافعي في الراجح من هذين الوجهين ، وكذلك النووي ؛ فأما الرافعي فقال في « الشرح الصغير » : أقربهما أنها حرز ولم يذكر ترجيحاً غيره ، وخالف في « المحرر » فقال ما نصه : والدار المنفصلة عن العمارات ليست بحرز إن لم يكن فيها أحد ، وكذا لو كان من فيها نائماً ، فإن كان مستيقظاً فما فيها محرز سواء أكان الباب مفتوحاً أم مغلقاً .

هذا لفظه بحروفه . وهو عكس ما تقدم .

وأما النووي فقال في « الروضة » من « زوائده » : الذي قاله الشيخ أبو حامد أقوى ، وجزم الرافعي في « المحرر » بأنه غير محرز . هذا كلامه .

ثم إنه في « المنهاج » وافق الرافعي على ما قاله في « المحرر » .

قوله : ولو فتح صاحب الدار بابها وأذن للناس في الدخول عليه لشراء متاعه كما يفعله الذي يتجر في داره فوجهان لأن الزحمة تشغل الحس على ما سبق . انتهى.

قد ذكر الرافعي بعد هذا بنحو كراس قبيل الركن الثالث ما يوجه منه تفصيل لما أطلقه هاهنا وتصحيح للخلاف الذي أرسله فقال : وإذا أذن صاحب الدكان في دخول الناس للشراء فمن دخل مستتراً وسرق لم يقطع ، ومن دخل سارقاً قطع .هذا لفظه .

وحينئذ ففي مسألتنا من دخل للشراء لم يقطع ، ويؤيده ما قالوه في سرقة ثياب الحمام ، ومن دخل لسرقة ففيه الوجهان ، واستفدنا من جزمه هناك أن الراجح منهما هو القطع .

قوله : وهل يشترط إسبال باب الخيمة إذا كان من فيها نائماً حكى

ابن كج فيه وجهين ورأي أن الأظهر أنه لا يشترط . انتهى .

لم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً وصحح في أصل «الروضة» ما صححه ابن كج .

قوله : وإن لم تكن الإبل مقطرة بل كانت تقاد أو تساق فمنهم من أطلق القول بأنها غير محرزة لأن الإبل لا تسير هكذا في الغالب وعلى هذا جري صاحبي « التهذيب » ، وعن « الإفصاح » : أنه لا فرق ، وبهذا أخذ القاضي الروياني وقال : المعتبر أن يقرب منها ويقع نظره عليها. انتهى .

لم يصحح شيئاً في « الروضة » أيضاً ، وقد اختلف كلام الرافعي في المسألة فرجح الأول في « المحرر » فقال : وغير المقطرة منها غير محرزة على الأشبه . هذا لفظه .

ورجح الثاني في « الشرح الصغير » فقال : إنه أولي الوجهين ، والفتوي على الأولى فقد نص عليه الشافعي رحمه الله في الأم فقال في كتاب القطع في السرقة المذكورة بعد كتاب صفة النفي في باب ما يكون حرزاً: وأي إبل كانت لرجل تسير وهو يقودها فيقطر بعضها إلى بعض فسرق منها أو مما عليها شيء قطع فيه .

ثم قال بعد ذلك فلو اضطجع مضطجع في صحراء ووضع ثوبه بين يديه أو أرسل رجل إبله ترعي أو تمضي على الطريق وليست مقطرة فسرق من هذا شيء لم يقطع لأن العامة لا ترى هذا حرزاً هذا كلامه.

قوله : وإذا اعتبرنا بالتقطير فينبغي ألا يزيد القطار الواحد على تسعة للعادة الغالبة ، فإن زادت فهي كغير المقطرة . ومنهم من أطلق ذكر التقطير ولم يقيد بعدد ، والأحسن توسط أورده السرخسي فقال : في الصحراء لا يتقيد وفي العمراني يعتبر بما جرت العادة بأن نجعلها قطاراً وهو ما بين سبعة إلى عشرة . انتهى كلامه.

صرح رحمه الله في « الشرح الصغير » بتصحيح الأول ولم يذكر ما

ذكره هنا من استحسان الثالث .

ولم يصرح في «المحـرر » بشيء بل قال :وينبغي ألا يزيد على تسـعة، وصحح في « الـروضة » الثالث فـقال : فـإن اعتبـرناه - يعني التـقطير - فيشترط ألا يزيـد القطار الواحد على تسعة للعادة الغالبة فإن زاد فـهي كغير المقطورة ، ومنهم من أطلق ذكـر القطر ولم يقيده بـعدد والأصح توسطه . ذكره السرخسي فقال: في الصحراء لا يتقيد القطار بعدد وفي العمران يعتبر بما جرت العادة بأن يجعل قطاراً وهو ما بين سبعة إلى عشرة .

هذا لفظه . وهو تركيب عجيب آخره يدفع أوله .

ثم إنه صحح في « المنهاج » عكسه فقال : ويشترط التفات قائدها إليها كل ساعة بحيث يراها وألا يزيد قطار على تسعة . هذه عبارته .

قوله : فـإذا كفن من تركـته فـالكفن ملك للورثة ، وقيل : للـميت ، وقيل : لله تعـالى . ثم قال : فإن كفنه أجنـبي أو كفن من بيت المال فلمن الملك ؟ فيه طريقان : أحدهما : على الأوجه.

والثـاني : يبـقى للأجنبي أو على حكم بيت المال ويكـون كالعـارية. انتهى .

والأصح على ما قاله في « زوائد الروضة » هو الطريق الثاني .

قوله : فـروع : إذا كفن السـيد عبـده فالملك في الكفن للسـيد أو لا ملك لأحد ؟ فيه وجهان . انتهى .

والصحيح أنه باق على ملك السيد . كذا صححه النووي في «الروضة» ولم ينبه على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي ؛ فتفطن له فإنه غريب .

قوله :وإن سرق أجنبي المال المغصوب أو المسروق فوجهان :

أحدهما : يقطع ، وإلى ترجيحه مال صاحب الشامل .

والثاني : لا ؛ لأن المالك لم يرض بإحرازه في ذلك المكان.

قال في « البيان » وهذا هو الصحيح ، ويؤيده ما أشار إليه في «النهاية» و « والوسيط » وهو بناء الوجهين على الخلاف في أنه هل يجوز للأجنبي أخذ المغصوب حسبة ليرده إلى مالكه ثم قال : وهذا البناء هو الوجه . أي : المتجه. انتهى كلامه.

واعلم أن أخذ الأجنبي للمغصوب قد ذكره الرافعي في أوائل كتاب اللقطة فقال : فليس لآحاد الناس أخذ المغصوب إذا لم يكن معرضاً للضياع ولا الغاصب بحيث تفوت مطالبته ظاهرا وإن كان كذلك فوجهان : أصحهما المنع ؛ لأن القاضي هو النائب عن الناس ولأنه قد يؤدي إلى الفتنة.

والثاني : الجواز احتساباً ونهياً عن المنكر. انتهي.

وإذا علمت ما قاله هناك توجه على كلامه هنا أمران :

أحدهما : أنه أطلق محل الخلاف مع أنه يستثنى ما إذا لم تكن معرضة للضياع فإن سارقها يقطع جزماً على مقتضي البناء الذي ذكره وهو جواز الأخذ فإن الأخذ في هذه الحالة ممتنع اتفاقاً .

الثاني : أن ما ذكره هنا من تأييد تصحيح « البيان » بالبناء المذكور ومن دعواه أن هذا البناء هو الوجه وغير ذلك مقتضاه تصحيح عدم القطع وأن المستند في ذلك تصحيح جواز الأخذ للآحاد وهو مناقض لما ذكره هنا من تصحيح منع الأخذ ، وقد اغتر في « الروضة » بهذا الكلام فصحح في الأصل مقالة صاحب « البيان » ولم يتعرض للبناء ، ولاشك أن هذا الكلام من الرافعي يقتضي أن الذي كان في ذهنه مقرراً هو تجويز الأخذ لغير الحاكم.

قوله : إحداها : إذا نقب ثم عاد أخرج النصاب في ليلة أخرى ، حكى ابن كج عن النص : أنه إن علم صاحب الحرز بالنقب أو كان ظاهر إيراده الطارقون وبقي كذلك فلا قطع لانتهاك الحرز ، وإلا فعن ابن سريج وغيره : أنه يقطع ، كما لو نقب في أول الليل وأخرج المال في آخره وعن غيره أنه يحتمل أن لا يقطع لأخذه بعد انتهاك الحرز فحصل

وجهان ، والخلاف شبيه بالخلاف فيما إذا أخرج نصابا بدفعات . انتهى كلامه .

واعلم أن المشابهة بين المسألتين ظاهرة وقد ذكر الرافعي الإخراج بدفعات في أول الباب فقال فيه أوجه: أظهرها : يجب القطع ، والثاني : لا ، والثالث : إن عاد . بعد ما اشتهر هتك الحرز وعلم الناس به أو المالك لم يقطع وإلا قطع .

قال صاحب « التهذيب » : ولا فرق بين أن يعود في تلك الليلة أو في ليلة أخرى .

وفيه وجه أنه إن عاد في ليلة أخرى لم يقطع قولاً واحداً .

انتهى كلامه . وهو مخالف لتلك المسألة من وجيهن :

أحدهما : أنه جزم هناك عند الاشتهار بعدم القطع وصحح هنا وجوبه.

الثاني : أن كلامه يقتضي الاتفاق على أنه يقطع إذا نقب في أول الليل وسرق في آخره ؛ لأنه جعله أصلاً مقيساً عليه ، وحكي فيه الخلاف في مسألتنا .

قوله : وإذا نقب الحرز وأخرج غيره المال لم يقطع . انتهى.

تابعه عليه في « الروضة »، وقد اختلف كلامه في « المنهاج » فقال : ولو نقب وأخرج غيره فلا قطع .

ثم قال ما نصه : ولو تعاونا في النقب وانفرد أحدهما بالإخراج ، أو وضعه ناقب بقرب النقب فأخرجه آخر قطع المخرج .

هذا لفظه . فجزم بأنه إذا نقب واحد ووضعه قريبا من النقب ثم جاء آخر فأخرجه أنه يقطع المخرج . وهذا مع ما تقدم في غاية التباين ؛ فإن غير الناقب إذا لم يقطع فيما إذا كان هو الداخل والسارق فبطريق الأولى ألا يقطع مع عدم الدخول وتقريب الناقب له من النقب ، وبالجملة فهذا الغلط حصل من اختصاره لكلام الرافعي ؛ فإن الرافعي قال في « المحرر »

ما نصه : ولو تعاونا على النقب وانفرد أحدهما بالإخراج فالقطع على المخرج ، وكذا لو دخل أحدهما ووضع المتاع قريباً من النقب فأدخل الآخر يده وأخرج . انتهى . فعلمنا أن صورة المسألة في الناقبين فتوهم النووي خلاف ذلك فوقع فيما وقع فيه .

قوله : ولو ابتلع في الحرز جوهرة أو ديناراً فأطلق مطلقون أن في القطع وجهين ، وعن الشيخ أبي حامد وابن الصباغ وغيرهما أنه إن لم تخرج فلا قطع وإن خرجت فوجهان : أصحهما فيما ذكر المحاملي وطائفة : أنه لا يجب ، وأصحهما عند الإمام والروياني : وجوبه . انتهى .

لم يصحح شيئا في « الشرح الصغير » وصحح النووي في «الروضة» التفصيل بين أن تخرج فيجب أو لا فلا ، ولم ينبه على أنه من زوائده بل أدخله في كلام الرافعي وهو غريب فتفطن له .

قوله : ولو أكره عبداً صغيراً بالسيف حتى خرج من الحرز فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب فيه وجهين : أحدهما : لا يجب القطع لأنه فارق الحرز بفعله . والثاني : يجب كما لو سارت البهيمة بالضرب والتعنيف ، وهذا ما أورده صاحب « التهذيب » . انتهى كلامه .

والصحيح : وجوب القطع . كذا صححه في « الروضة » ولم ينبه على أنه من زوائده فتفطن له ، بل في بعض نسخ الرافعي تصحيح عكسه .

قوله : الثالثة : من دخل الحمام مستحماً فسرق لم يقطع ، وإن دخل سارقاً وهناك حافظ من الحمامي أو غيره قطع إذا لم يكن نائماً أو معرضاً .

قال في « التهذيب » وغيره : ولا بد من الاستحفاظ ، فإن لم

يستحفظه فلا ضمان على الحمامي بترك الحفظ ، ولا [قطع][1] على من سرقه . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه قد أهمل شرطاً آخراً نقله في آخر الباب عن «فتاوي الغزالي» وهو أن يخرج السارق الثياب من الحمام .

الثاني : وينبغي أن يستحضر قبل الخوض فيه كون البغوي هو جامع فتاوي شيخه القاضي الحسين أن البغوي في الفتاوي المذكورة عقب [نقله][2] عن الأصحاب اشتراط الاستحفاظ في الضمان خالفهم فقال الأصح تضمينه وإن لم يستحفظ للعادة ؛ فعلمنا بذلك أن المذكور في التهذيب إنما هو حكاية المذهب المعروف وأن اختيار البغوي خلافه .

قوله : وأما المعاهد ومن دخل بأمان ففي قطعه أقوال : أحدها : نعم كالذمي ، والثاني : لا وهو المنصوص في أكثر كتبه ، وثالثها : إن شرط عليه القطع قطع وإلا فلا .

ولم يذكر كثير من الأصحاب الثالث ، ورجحوا الثاني ، والتفصيل حسن . انتهى ملخصاً.

وحاصله رجحان عدم القطع ولهذا صرح بتصحيحه في « أصل الروضة» فقال: أظهرهما عند الأصحاب .

إذا علمت ذلك فقد اقتصر في « الشرح الصغير » على ترجيح الثالث فقال : وأقر بها كذا وكذا ، ولم يذكر ترجيحاً غيره بالكلية ولا نقله عن أحد ، وذكر مثله في « المحرر » ولكن عبر : بالأحسن ، وقد استدرك النووي عليه في «المنهاج» فصحح القطع كما دل عليه كلامه في « الكبير» .

---

(١) في أ : ضمان .

(٢) سقط من أ .

قال : النظر الثاني : في إثبات السرقة

قوله : فإذا ادعي على إنسان سرقة نصاب يوجب القطع فأنكر ونكل فحلف المدعي ثبت المال ، وأما القطع فنقل الإمام عن الأصحاب : أنه يثبت أيضاً ، وكذلك ذكره الغزالي وإبراهيم المروروزي لأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة ، والذي أورده ابن الصباغ وصاحب «البيان» وغيرهما : أنه لا يثبت ، لأنه حد الله تعالى ، وقد يؤيد بظاهر لفظه في « المختصر » . انتهى ملخصاً.

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، وليس فيه تصريح بتصحيح وقد اختلف في ذلك كلام الرافعي والنووي ؛ فأما الرافعي فصحح في «المحرر» هنا ثبوته وعبر بالأظهر وجزم في الشرحين « الكبير » و « الصغير » في كتاب الدعاوي بعدم ثبوته وعلله بقوله: لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة ؛ ذكر ذلك في الباب الثالث المعقود لليمين في الطرف الثالث منه ، وأما النووي فتابع الرافعي على هذا الاختلاف الواقع بين الشرحين و « المحرر » ، وزاد فصحح هنا في « أصل الروضة » في أواخر الشرط الثاني أنه يثبت ، والرافعي في الموضع المذكور حكى خلافاً من غير ترجيح .

قوله في الروضة : فلو أقر ثم رجع فالمذهب أنه لا يقبل في المال وأنه يقبل في سقوط القطع . انتهى.

وما قاله رحمه الله لا يعلم منه أن المسألتين مستويتان أم مختلفتان ولا أن الأصح طريقة القطع أم طريقة الخلاف ولا أن الخلاف قولان أو وجهان ؟ ، وقد بين الرافعي كل ذلك وحاصله : أنه لا يقيد في المال ، وقيل : وجهان .

أما القطع ففيه وجهان : أصحهما أنه يقيد فيه ، وقيل قطعا .

قوله : ولو أقر بإكراه جارية غائب على الزنا فوجهان : أصحهما : يحد للزنا ولا يؤخر لأنه لا يتوقف على طلبه ولو حضر وقال كنت أتحتها له لم يسقط الحد ، وقال ابن سريج : يؤخر لاحتمال أنه يقر بأنه وقف عليه تلك الجارية قال الإمام : وعلى الأول لو قال المالك : كنت بعتها أو وهبتها له فأنكر المقر بالزنا ينبغي ألا يسقط الحد ، وعلى قياسه ينبغي ألا يسقط الحد إذا أقر بوقف الجارية وكذبه المقر المذكور . انتهى .

قال في « الروضة » : ليس الوقف كالبيع لأنه يصح بلا قبول على المختار والله أعلم . وفيما ذكر من زوائده أمران :

أحدهما : أن الفرق الذي ذكره رداً به على قياس الإمام لا يستقيم لأن الإمام يرى أن الصحيح افتقار الوقف إلى القبول فلذلك صح منه التسوية بين البيع والوقف فلا يقدح في قياس الإمام اختيار غيره .

الثاني : أن ترجيحه لعدم اشتراط القبول قد خالفه في باب الوقف من «المنهاج » فصحح اشتراطه ، وقد تقدم بسطه هناك فراجعه .

قوله : وفرق بينهما بأن الحاكم لا مطالبة له بمال الغائب . انتهى .

وهذه المسألة ذكرها الرافعي [في مواضع] [1] فيها كلامه وكلام «الروضة » ، وقد سبق مبسوطاً في أول التفليس فراجعه .

قوله : ومن رفع إلى مجلس القاضي واتهم بما يوجب عقوبة فللقاضي أن يعرض له بالإنكار ويحمله عليه .

ولو أقر بذلك ابتداء أو بعد تقدم دعوى فكذلك على الصحيح . انتهى .

وهو صريح في سماع الدعوى في حدود الله تعالى ، والمسألة قد اضطرب فيها كلامه وكلام « الروضة » كما سأوضحه لك في الشهادات .

---

(١) سقط من أ .

قوله : وهذا - أي : جواز التعريض بالرجوع للمقر - محله إذا كان المقر جاهلاً بالحد إما لقرب عهده بالإسلام، أو لأنه نشأ في بادية بعيدة عن أهل العلم . انتهى .

وهذا الكلام قد أسقطه من « الروضة » وإسقاطه غريب .

قوله : وهل للحاكم أن يعرض الشهود بالتوقف في حدود الله تعالى؟ وجهان . انتهى .

والأصح على ما قاله في « الروضة » أنه إن رأى المصلحة في الستر فعله وإلا فلا .

قوله : ألا تري أن ماعزاً لما ذكر لهزال أنه زنا وقال له بادر إلى النبي ﷺ [قبل أن ينزل الله فيك قرآناً . فذكر ذلك للنبي] [1] فقال : هلا سترته بثوبك يا هزال [2] ؟ انتهى .

هزال : بهاء مفتوحة ثم زاي معجمة مشددة في آخره لام .

قوله : فرع : قال الإمام في قوله ﷺ : « من أتي شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله »[3] فيه دليل على أنه لا يجب من قارف موجب حد إظهاره .

قال : وكان شيخي يقطع به .

وفيه احتمال إذا قلنا : الحد لا يسقط بالتوبة . انتهى .

وهذا الاحتمال عجيب ومستنده أعجب ؛ فإن الإجماع قائم كما ذكره

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٧٧) ، وأحمد (٢١٩٤٠) ، والحاكم (٨٠٨٠) ، والطبراني في « الكبير» (٢٢ / ٢٠١) حديث (٥٣٠) وابن أبي شيبة (٥/ ٥٤٠) ، والبيهقي في « الكبرى» (١٦٧٣٥) ، والنسائى في « الكبرى» (٧٢٧٨) ، وابن أبي عاصم في « الآحاد والمثاني » (٢٣٩٣) وهناد في « الزهد » (١٤٠٨) من حديث يزيد بن نعيم عن أبيه . قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وقال الذهبي : صحيح . وقال الألباني : صحيح .

(٣) تقدم .

في الشهادات على أن التوبة مسقطة وقد رده في « الروضة » أيضاً هنا فقال : الصواب الجزم بأنه لا يجب الإظهار لقصة ماعز وإنما لا يسقط الحد بالتوبة على قول في ظاهر الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فالتوبة تسقط أثر المعصية .

والقاذورات : بالذال المعجمة ، والمراد به هاهنا ما يوجب العقوبة ، وتطلق القاذورة أيضاً على الذي يمتنع من تعاطي المستقذر ، وعلى الرجل الذى لا يبالي بما قال ومما صنع . قاله ابن الأثير .

قوله : ولو سرق من حرز هو بما فيه في يد إنسان ولم تقم بينة مفصلة فقال السارق هو ملكي، فعلى قولنا يسقط القطع بدعوى الملك كما هو المنصوص المعروف ويبقي النزاع بينهما في المال والمصدق فيه المأخوذ منه مع يمينع ، وإن قلنا : لا يسقط القطع بالدعوى ، فإن حلف المسروق منه ثبت القطع مع المال .

ويرجع الخلاف في أنه هل يثبت القطع باليمين المردودة ؟ انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » عليه ،ونقل المسألة من هنا إلي ما قبله وهذه اليمين ليست هي اليمين المردودة بل هذه يمين المدعى عليه ،وكيف يحسن أيضاً التردد في وجوب القطع والتفريع على أنه لا يسقط القطع بهذه الدعوي .

قوله : فرع : إذا قلنا يسقط القطع بدعوى الملك فهل يستفصله القاضي سعياً في سقوط الحد ؟ فيه تردد للإمام . انتهى .

والأصح على ما قال في « الروضة » : أنه لا يستفصله لأنه إغراء بادعاء الباطل .

قال: النظر الثالث: في الواجب

قوله: فتقطع يمين السارق والسارقة قال الله تعالى: ﴿ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾(١)، وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه: « أيمانهما » والقراءة الشاذة تتنزل منزلة أخبار الآحاد. انتهى كلامه.

وما ذكره من تنزيلها منزلة الآحاد صحيح؛ فقد جزم به أيضاً جماعات منهم الشيخ أبو حامد في الصيام وفي الرضاع، والماوردي في الموضعين أيضاً، والقاضي أبو الطيب في موضعين من « تعليقه »: أحدهما: الصيام، والثاني: في باب وجوب العمرة، والقاضي الحسين في الصيام، والمحاملي في الأيمان من كتابه المسمي « عدة المسافر وكفاية الحاضر »، وابن يونس شارح « التنبيه » في كتاب الفرائض في الكلام على ميراث الأخ للأم، ونص عليه الشافعي في موضعين من «مختصر البويطي» في باب الرضاع وفي باب تحريم الجمع، وذكر إمام الحرمين في « البرهان »: أن الظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يحتج بها، فقلده فيه النووي فجزم به في « شرح مسلم »(٢) في الكلام على قوله عليه الصلاة والسلام: «شغلونا عن الصلاة الوسطى صلاة العصر»(٣)، وفي غيره أيضاً فاحذر ذلك.

قوله: ولو كانت اليمين شلاء فيراجع أهل الخبرة فإن قالوا لو قطعت لم يرقأ الدم قطعت الرجل، وإن قالوا يرقأ قطعت يمينه. انتهى كلامه.

اعلم أن يرقأ المذكور هنا معناه ينقطع وهو مهموز الأخير؛ تقول: منه رقأ الدم والدمع يرقأ بالفتح فيهما رقاء بالسكون ورقوء على وزن فعول. وأما يرقا بلا همز فمعناه صعد؛ يقول منه رقيت في السلم بالكسر أرقي

---

(١) سورة المائدة (٣٨).

(٢) شرح مسلم (٥/ ١٢٧ - ١٢٨).

(٣) أخرجه مسلم (٦٢٧) من حديث علي رضي الله عنه.

رقياً بالسكون ورقيا ورقي الدم يرقا .

قوله : ولو قطع يسار السارق جان أو قطعها الجلاد عمدا لم يسقط عنه القطع في اليمين .

ولو قال الجلاد له : أخرج يمينك ، فأخرج يساره فقطعها ففيه طريقان: أحدهما قاله القاضي أبو الطيب وآخرون : إن قال المخرج : ظننت المخرج يمينا أو أن اليسار تجزئ عن اليمين ؛ ففي قيامها مقامها قولان : أحدهما : المنع كالقصاص ويروى هذا عن رواية الحارث بن سريج النقال ، وعلى هذا فيراجع القاطع . فإن قطع عالماً عامداً فعليه القصاص وإلا فالدية ، وأصحهما القسوط لأنه حد لله تعالى .

والطريق الثاني قاله الشيخ أبو حامد : يراجع القاطع أولاً فإن قال علمت أنها اليسار وأن اليسار لا تجزئ عن اليمين فعليه القصاص وبقي القطع في اليمين ، وإن ظنها اليمين أو أن اليسار تجزىء عنها فعليه الدية وفي سقوط القطع في اليمين القولان ، وإيراد الإمام وغيره يوافق هذه الطريقة إلا أن القصاص على القاطع وإن كان عالماً بالحال إنما يجب إذا لم يوجد من المخرج قصد بدل وإباحة . انتهى.

لم يصحح في « الروضة » أيضاً شيئاً من هذا الخلاف ، والصحيح هو الطريق الأول ؛ وهو النظر أولا إلى المخرج ؛ كذا صححه الرافعي في آخر باب استيفاء القصاص وبالغ في تصحيحه ، وقد سبق ذكر لفظه ، وصححه أيضاً في «تصحيح التنبيه » فقال : وإنه إذا وجب قطع يمينه فقطع الجلاد يساره عمداً أو سهواً أجزأت عن اليمين ولا قصاص على القاطع ولا دية . هذا لفظه . وهو يقتضي بعمومه تصحيح الإجزاء في صورتين : إحداهما : إذا قطع الجلاد من غير إخراج السارق وليس كذلك اتفاقاً .

الثانية : إذا قال المخرج علمت أنها اليمين وأنها لا تجزىء مع أنه ليس الآمر أيضاً كذلك ،وكلام الرافعي في القصاص يقتضي أنه لا فرق في

الصورة الثانية بين أن يكون الإخراج على قصد حسابها عن اليمين أم لا ، وهو واضح لأن القصد المذكور مع علمه بأنه لا يقع لا أثر له فلذلك ألحقه بالمبيح ؛ فتفطن له .

والنقال : المنقول عنه هو بالنون كما تقدم إيضاحه في « الطبقات » وفي الجنايات أيضاً .

قوله : ولو كان بمعصمه كفان نقل الإمام عن الأصحاب أنهما تقطعان سواء تميزت الأصلية أم لا ، وفي « التهذيب » أنه إن تميزت الأصلية قطعت وإلا فإحداهما ، وهو أحسن . انتهى .

والصحيح المنصوص كما قاله في صفة الوضوء من « شرح المهذب » وفي « زوائده » هنا : أنه لا تقطع إلا إحداهما .

قوله : وفي « فتاوي الحسين الفراء » : أنه لو وضع الميت على وجه الأرض ونضدت الحجارة عليه كان ذلك كالدفن حتى يجب القطع بسرقة الكفن خصوصاً إذا كان ذلك [حيث] [1] لا يمكن الحفر، وأنهم لو كانوا في البحر وطرح الميت فيه وغيبه الماء فغاص سارق وأخذ الكفن لم يقطع أيضاً لأن طرحه لا يعد إحرازاً فهو كما لو وضعه على الأرض فغيبته الريح بالتراب ، وقد يتوقف في هذا . انتهى .

واعلم أن الأقرب في التوقف الذي ذكره الرافعي عوده إلى مسألة تغييب التراب فإنها أقرب لفظاً وأولى بذلك معنى من تغييب البحر لأنها بالقبر الأصلي أشبه من التغييب في البحر ، وقد حذف النووي التغييب في التراب فلم يذكره بالكلية وجعل الوقفة راجعة إلى الماء ، وقد بحث النووي في المسألة الأولى وهي تنضيد الحجارة فقال : ينبغي ألا يقطع إلا أن يتعذر الحفر لأنه ليس بدفن والبحث الذي ذكره يتقوى بالمنقول في تغييب التراب .

والتنضيد : هو أن يجعل الشيء بعضه فوق بعض .

---

(١) سقط من أ .

قال : الجناية السادسة : قطع الطريق

قوله :ولابد في قاطع الطريق مع الشوكة والبعد عن العون من الإسلام ؛ فالكفار ليس لهم حكم القطاع وإن حافوا السبيل وتعرضوا للأنفس والأموال ، ومن التكليف .. إلى آخر كلامه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من اشتراط الإسلام قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً ، ومقتضاه أن أهل الذمة لا يكونون قطاعاً وكذلك لو كان في القوم ذمي لا يثبت له حكمهم ، ولا وجه له ؛ فإن زعم انتقاض عهدهم بذلك وأننا نقتلهم كما نقتل الحربيين فليس كذلك أيضاً لأن الصحيح أن العهد لا ينتقض به إلا إذا شرط عليهم تركه وشرط عليهم الانتقاض به أيضاً لو فعلوه، وبتقدير القول بالانتقاض فسيأتي أن من انتقض عهده به أو بغيره يقام عليه ما يقتضيه ذلك الشيء ثم يفعل فيه بعد ذلك من القتل أو غيره مما ذكروه فالصواب الإلتزام للأحكام بدلاً عن الإسلام ويكون احترازاً عن الحربيين فإنهم لا يضمنون نفساً ولا مالاً .

تنبيه : ذكر الرافعي هنا في الباب ألفاظاً منها : جمع الكف : هو بضم الجيم وسكون الميم ، وهو اسم للكف المقبوضة ، يقال : ضربته بجمع كفي أي : بكفي وهي مقبوضة وهو المسمى باللكم .

ومنها قولهم : الحرب سجال : هو بسين مهملة مسكورة بعدها جيم قال الجوهري : وهو مأخوذ من المساجلة وهو المفاخرة بأن يصنع][1] مثل صنعه في جري أو سقى قال : وأصله من السجل بفتح السين وسكون الجيم، وهو الدلو الذى فيه ماء قليلاً كان أو كثيراً ، ولا يقال له وهو فارغ سجل ولا ذنوب ، وجمعه سجال .

---

(١) سقط من أ .

ومنها : الدعارون : بالدال المهملة ، وهم المسفدون ، يقال : هو داعر من الدعر بالفتح والدعارة ، وامرأة داعرة بالتاء ، وهو مأخوذ من قولهم : دعر العود بالكسر يدعر داعر بالفتح فيها فهو داعر إذا كان رديئا كثير الدخان.

ومنها : الردء : براء مسكورة هو المعين ، وقد سبق ضبطه في السرقة .

قوله : أما إذا لم يأخذ مالاً ولا قتل ولكن كثر جمع القاطعين وكان ردأهم فوجهان : أصحهما : يعزره الإمام بما يراه والثاني : ينفيه ، وإذا عين صوباً منعه من العدول إلى غيره .

وعلى هذا هل يعزر في البلد المنفي إليه بضرب وحبس وغيرهما أم يكفي النفي ؟ وجهان . انتهى .

الأصح على ما قاله في « الروضة » : أنه إلى رأي الإمام .

قوله : فرع : إذا اجتمع عليه القتل والصلب لو مات قبل أن يقتل هل يجب صلبه ؟ فيه وجهان . قال القاضي أبو الطيب : نعم ؛ لأنهما مشروعان وقد فات أحدهما فيستوفى الآخر .

وقال الشيخ أبو حامد : لا ؛ لأن الصلب صفة تابعه للقتل وقد سقط المتبوع فيسقط التابع ، وهذا ما نسب إلى رواية الحارث بن سريج النقال. انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا النص الذي نقله الرافعي عن النقال قد نقله عنه الشيخ أبو على في كتاب الجنائز من « شرح التلخيص » في مسألة أخرى قريبة من هذه فقال : وإذا قلنا : إنه يصلب بعد القتل ، فإلى متى يصلب ؟ قولان :

أحدهما : إلى ثلاثة أيام . حكاه الحارث بن سريج النقال عن

الشافعي ؛ لأن الثلاث في حد القليل . هذا كلامه .

الأمر الثاني : لقائل أن يقول : لا يخلو إما أن يريد بهذه التبعية أن مشروعية الصلب تابعه لوجود القتل ، أو أن مشروعيته تابعه لمشروعيته ؛ فإن أراد الأول فهو محل النزاع لأن معناه أنه لا يشرع الصلب إلا إذا وجد القتل قبله ، وإن أراد الثاني فمسلم ولا يلزم سقوط الصلب لأن معني ذلك أنه لا يشرع الصلب إلا إذا شرع القتل وقد وجدت مشروعية القتل في مسألتنا فيلزم وجود مشروعية الصلب .

فإن قلت : فقد زالت مشروعية القتل بالموت فتسقط مشروعية الصلب على هذا التقدير . قلنا : بتقدير سقوطها تكون تابعه لوجود القتل لا لمشروعيته ، وقد تقدم إبطاله وليس الكلام فيه ؛ فثبت أن المراد على الاحتمال الثاني إنما هو بتبعتها لأصل المشروعية لا لبقائها ودوامها ، وأصل المشروعية قد وجد .

واعلم أن النقال الراوي لهذا النص هو بنون بعدها قاف ، وقد تقدم الكلام عليه في مقدمة الكتاب ، وسبق أيضاً التعرض له في أواخر الجناية الخامسة .

قوله : وهل تؤثر التوبة في إسقاط حد الزنا والسرقة والشرب قبل القدرة وبعدها ؟ فيه قولان : أصحهما - على ما ذكره الإمام وصاحب «التهذيب» وغيرهما وينسب إلى الجديد - أنها لا تؤثر . والثاني - ورجحه جماعة من العراقيين - أنها تؤثر . انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح من هذين القولين هو الأول كذا صححه الرافعي في باب حد الزنا وصرح بأنه الجديد فقال : وأصحهما - وهو الجديد وبه قال أبو حنيفة - أنه لا يسقط هذا لفظه .

وأشار إلى ترجيحه في « المحرر » فقال : رجح منهما منع السقوط وهذا الكلام لا يؤخذ منه تصحيح للرافعي لأنه بناه للمفعول فكأنه قال رجحه بعضهم ، ولم يستحضر النووي هنا ما صححه هو والرافعي في حد الزنا بل اقتصر على ما نقل في « المحرر » نقلاً غير مطابق أيضاً فقال : قلت : رجح الرافعي في « المحرر » منع السقوط وهو أقوى ، والله أعلم .

الأمر الثاني : ما نبه عليه النووي من « زوائده » في كتاب السرقة فقال محل الخلاف في عدم السقوط إنما هو في ظاهر الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيسقط بلا خلاف لأن التوبة تسقط أثر المعصية .

والذي قاله صحيح لا شك فيه وقد صرحوا به في الشهادات في الكلام على أركان التوبة وغيرها لكنه ذكر هنا بعد هذا ما ظاهره يخالف ما ذكره هناك .

قوله : ثم ما يسقط بالتوبة في حق قاطع الطريق قبل القدرة يسقط بنفس التوبة ، وأما توبته بعد القدرة وتوبة الزاني والسارق والشارب فوجهان : أحدهما : كذلك .

والثاني : يشترط مع التوبة إصلاح العمل ، ونسب الإمام هذا الوجه إلى القاضي الحسين والأول إلى سائر الأصحاب ، والذى أورده جماعة من العراقيين وتابعهم صاحب « التهذيب » والروياني هو ما نسبه إلى القاضي . انتهى .

لم يصرح في « الروضة » أيضاً بتصحيح ، والأصح الاشتراط . كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » وعبر : بالأظهر .

قوله : وإذا اجتمع عليه حدود قذف جماعة حد لكل واحد ولا يوالي بل يمهل بعد كل حد حتى يبرأ . هكذا ذكره البغوي وغيره ، لكن سبق في القصاص أنه يوالي بين قطع الأطراف قصاصاً وقياسه أن يوالي

بين الحدود . انتهى .

وما ذكره من استشكال القصاص على مسألتنا قد تابعه عليه في «الروضة» وهو غريب فإن قطع الأطراف على قسمين :

أحدهما : أن يكون لواحد كما لو قطع يديه .[فاندمل ثم قطع رجليه فيجوز للمقطوع أن يوالي بين قطع يديه] (١) ورجليه على المذهب وإن كان فيه مزيد خطر . كذا ذكره الرافعي في الفصل الثاني المعقود لكون القصاص على الفور ، وليس هذا نظير مسألتنا .

والقسم الثاني وهو نظيرها أن يكون لجماعة ، وقد صرح به الرافعي في الكلام على ما إذا قال أخرج يمينك فأخرج يساره وقال : إنه لا يوالي وذكر معها أيضاً المسألة الأولى وذلك قبيل باب العفو عن القصاص بأسطر فقال : وإذا قطع طرفي اللسان معاً فيقتص منهما معاً ولا يفرق على الصحيح المنصوص بخلاف ما إذا قطع يمين واحد ويسار آخر حيث لا يوالي بين القصاص لأنه لم يجتمع خطر القطعين على واحد حتى يقابل بمثله .

هذا كلامه . وبه يظهر أنه اشتبهت عليه مسألة بمسألة ، وتعبيره أيضاً بقوله معاً قد علم مما سبق أنه ليس بشرط وقد حذف في « الروضة » ما إذا كان القصاص لمتعدد ومشى على ما ذكره الرافعي في هذا الباب فتفطن له فإن خطأ محض .

قوله : من زنا مراراً وهو بكر حد للجميع حداً واحداً ، وكذا لو سرق أو شرب مراراً . وهل يقال : تجب حدود ثم يعود إلى حد واحد أم لا يجب إلا واحد وتجعل الزنيات كالحركات في زنية واحدة ، ذكروا فيه احتمالين . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً وفيه أمران :

(١) سقط من ب .

أحدهما : أن اقتصار الرافعي والنووي على نقل احتمالين عجيب مؤذن بأنهما لم يقفا على خلاف صريح للأصحاب ، وقد صرح الإمام بنقله في آخر هذا الباب فقال : وقد تردد العلماء على وجه آخر فقال قائلون : تجب حدود على أعداد الزنيات ثم تتداخل ،وقال آخرون : الزنيات إذا لم يتخللها الحد كالحركات في زنية واحدة ، وهذا أقرب .

هذه عبارة الإمام ، وكأن الرافعي استحضر لفظ التردد الواقع أولاً في كلام الإمام وغفل عما بعده أو لم يقف على كلام النهاية .

الأمر الثاني : أنا قد استفدنا أيضاً من كلام الإمام أن الراجح هو الاحتمال الثاني وهو ظاهر .

قوله : ولو زنا وهو بكر ثم زنا قبل إقامة الحد عليه وهو قد أحصن فوجهان : أصحهما - عند الإمام وصاحب الكتاب - أنه يكتفي بالرجم ويدخل الجلد فيه ، وأصحهما - عند صاحب التهذيب وغيره - أنه يجمع بينهما . انتهى.

لم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً ولا في « الروضة » هنا ، والصحيح وجوب الحدين ؛ فقد قال الشيخ أبو على السنجي : إنه ظاهر المذهب .

قال : وعلى هذا لو زنا العبد ثم عتق فزنا قبل الإحصان فقيل : عليه خمسون جلدة لزناه في الرق ، ومائة لزناه في الحرية، لاختلاف الحدين ، والأصح أنه يجلد مائة فقط ويدخل الأقل في الأكثر لاتحاد الجنس . كذا نقله عنه الرافعي في الباب الثاني من أبواب اللعان وجزم به أيضاً في مسألتنا الشيخ أبو إسحاق في « التنبيه » وأبدي الاقتصار على الرجم احتمالاً له فقط فقال : جلد ورجم ، ويحتمل أن يقتصر على رجمه . هذا لفظه . وهو يدل على أنه لا يعرف في المذهب غيره ، وصححه النووي في « أصل

الروضة » في اللعان في الموضع المشار إليه وعبر بالأصح إلا أنه في الباب الثالث لا الثاني كما في الرافعي ولا ذكر للمسألة في « المحرر » ولا في «المنهاج » .

قوله : قال الماسرجسي وغيره : لو شهد رجلان بوصية لهما فيها نصيب أو إشراف لم تقبل في شيء ، وإن قالا نشهد بها سوي ما يتعلق بنا من الأموال والإشراف قبلت شهادتهما . انتهى.

وقياس ما ذكره في الشهادات في نظائر هذه المسألة أن تبطل فيما يتعلق بهما ويصح في الباقي لأنه إذا جمع في الشهادة بين المقتول وغيره قبلت فيما يقبل .

قال رحمه الله: الجناية السابعة: شرب الخمر

قوله : والفرق بفتح الراء : مكيال يسع ستة عشر رطلاً . انتهى .

هو بفاء وراء مهملة مفتوحتين بعدهما قاف ، وإنما ضبطه الرافعي بفتح الراء للاحتراز عن ساكنها فإنه مائة وعشرون رطلاً كما قاله ابن الأثير في الغريب .

قال : وأما العرق بالعين المهملة فهو المنسوخ من ظفائر الخوص .

ثم قال : - أعني الرافعي - : وهذا كالنهي عن الانتباذ في الأوعية التي كانوا ينتبذون فيها كالدباء - وهو القرع - والحنتم-وهي جرار خضر - والنقير - وهو جذع ينقر ويتخذ منه إناء - والمزفت - وهو المطلي بالزفت ، وهو القار ويقال له المقير - ؛ لأن هذه الأوعية ينتبذ فيها ولا يعلم به بخلاف الأسقية من الأدم . انتهى .

فأما الدباء فهو بدال مهملة مضمومة في آخره همزة ، مفرده : دباءة ، ووزن الدباء فعال ولامه همزة لازمة لأنه لم يعرف هل انقلبت همزته عن واو أو ياء . كذا قاله الزمخشري .

وأخرجه الجوهري في المعتل فإنه جعله من مادة دبا فيكون وزنه فعالا أيضاً إلا أن همزته منقلبة .

وقال الهروي : همزته زائدة ووزنه فعلا .

قال ابن الأثير : بعد حكاية هذا كله إن ما قاله [الجوهري] (١) أشبه، وأما الحنتم: فهو بخاء معجمة مفتوحة ثم نون ساكنة ثم تاء مثناه من فوق .

وأما النقير فبالنون .

والأدم : بفتح الهمزة والدال جمع أديم وهو الجلد والأدمة بالفتح باطن

(١) سقط من ب .

الجلد الذي يلي اللحم والبشرة ظاهره .

واعلم أن النهي عن الانتباذ في هذه الأوعية منسوخ كما ثبت في «صحيح مسلم » [(١)] ، وقد نَبّه عليه في « الروضة » .

قوله في « أصل الروضة » : والمذهب جواز إساغة اللقمة بالخمر إذا لم يجد غيرها بل تجب الإساغة بها.

ثم قال : وأما شربها للتداوي والعطش والجوع إذا لم يجد أيضاً غيرها ففيه أوجه : أصحهما - وهو المنصوص وقول الأكثرين - لا يجوز . انتهى كلامه.

وما ذكره من كون المنع منصوصاً للشافعي في جميع ما ذكره غير مطابق لكلام الرافعي فإنه إنما حكاه في العطش خاصة ، وقد ذهل النووي في «شرح المهذب » عن هذا الخلاف المذكور في الإساغة فقال : يجوز بلا خلاف . ذكر ذلك في باب الأطعمة .

قوله : ولو احتيج في قطع اليد المتآكلة - نعوذ بالله منه - إلى ما يزيل عقله من غير الأشربه كالبنج خرج ذلك على الخلاف في التداوي بالخمر. انتهى.

واعلم أن الفتوي في هذه المسألة على خلاف ما ذكره الرافعي ، وقد تقدم ذلك مبسوطاً في الباب الثاني من أبواب الطلاق .

قوله في « الروضة » : ومن تبخر بالند [(٢)] المعجون بالخمر هل ينجس ؟ فيه وجهان كدخان النجاسة . انتهى .

ومقتضاه تصحيح نجاسته حتى لا يجوز الصلاة معه ولا التبخر به ؛ لأن استعمال الأشياء النجسة ممتنع في الثوب والبدن على المشهور كما سبق في

(١) أخرجه مسلم (٢٠٠٥) من حديث عائشه رضي الله عنها .

(٢) هو ضرب من الطيب .

صلاة الخوف ، وصرح في « التحقيق » و « شرح المهذب » بأن دخان المتنجس كدخان النجس وما اقتضاه كلامه هنا من المنع سيأتي من « زوائده » في كتاب الأطعمة ما يخالفه فراجعه .

قوله : روي الشافعي - رضي الله عنه - بإسناده أن رسول الله ﷺ أتي له بشارب فقال : اضربوه فضربوه بالأيدي والنعال وأطراف الثياب وحثوا عليه التراب ثم قال بكتوه فبكتوه ثم أرسله(١) .

فلما كان أبو بكر رضي الله عنه سأل من حضر ذلك المضرب فقومه أربعين .

ويروي فقدره فضرب أبو بكر رضي الله عنه أربعين ثم عمر رضي الله عنه ، ثم تبايع الناس في الخمر فاستشار فضرب ثمانين . انتهى .

وأما بَكِّتُوه فهو بباء موحدة وكاف مشددة بعدها تاء مثناة بنقطتين من فوق .

قال ابن الأثير في هذا الحديث : التبكيت هو التقريع والتوبيخ بأن يقال له يت فاسق أما اتقيت الله تعالى أما استحييت منه .

قال الهروي : ويكون أيضاً باليد والعصا ونحوهما .

وقد جزم الماوردي في « الإقناع » بحث التراب والتبكيت كما ورد في الحديث ، واقتضى كلامه وجوبه .

وأما تبايع المذكور في آخر الحديث فهو بباء بنقطتين من تحت قبل العين، وهو عبارة عن أن يفعل من أفعال القبيح مثل ما فعل غيره من غير فكرة ولا

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٨٨) ، والدارقطني (٣/ ١٥٧) ، والطبراني في « الكبير » (١٠٠٣) و « الأوسط » (١٩١٦) ، وابن أبي شيبه (٥/ ٥٠٣) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٧٣٢٠) ، والنسائي في « الكبري » (٥٢٨٣) ، والطحاوي في « شرح المعاني » (٤٥٤٤) ، وابن أبي عاصم في « الآحاد والمثاني » (٦٣٨) من حديث عبد الرحمن بن أزهر قال الألباني : صحيح .

روية .

قوله :فرع آخر : لا تقام الحدود في المساجد ويسقط الفرض لو أقيمت كما لو صلي في مكان مغصوب .انتهى .

وهذا الكلام قد تبعه عليه في « الروضة » وهو مشعر بأن فعل ذلك في المسجد حرام ، وليس كذلك ؛ فقد ذكر في كتاب الأقضية في الأدب الثالث من أدب القضاء بأنه لا يحرم بل يكره ، ونص عليه الشافعي في «الأم » فقال في أول باب ما يستحب للقاضي ما نصه : وإذا كرهت له أن يقضي في المسجد كنت لأن يقيم الحد في المسجد أو يعزر أكره . هذا لفظه بحروفه ، ومن الأم نقلته .

ونقل ابن الرفعة عن الرافعي الموضع المذكور في هذا الباب فقط ولم يطلع على الثاني ، وقد اختلف كلام ابن الصباغ في المسألة فأجاب في الأقضية بما دل عليه كلام الرافعي في هذا الباب من التحريم وأجاب في الحدود بالكراهة .

القول في التعزير

قوله : وهو مشروع في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة . انتهى .

يستثنى من كلامه أمور :

أحدها : إذا صدرت الصغيرة من بعض أولياء الله تعالى قال الشيخ عز الدين في « القواعد الكبري» فلا يجوز للأئمة والحكام تعزيرهم عليها بل تقال عثرتهم وتستر زلتهم ، وقد جهل أكثر الناس فزعموا أن الولاية تسقط بالصغيرة ذكر ذلك في أوائل الفصل المعقود لبيان التسميع بالعبادات وهو نحو ثلث الكتاب .

الثاني : إذا جامع زوجته في نهار رمضان فإنه يجب فيه التعزير بالإجماع .

كذا رأيته في « شرح السنة » للبغوي في حديث الأعرابي الذي جامع زوجته في نهار رمضان ، وعبر بقوله : أجمعت عليه الأمة ، وجزم به أيضاً ابن يونس صاحب « التعجيز » في شرحه له ، ورأيت للرافعي في «شرح مسند الإمام الشافعي » ما يقتضيه أيضاً ذكر ذلك في الحديث المذكور .

فعلى هذا تستثني هذه المسألة مما فيه الكفارة وذهل في « الكفاية » عن هذه النقول فذكر ما حاصله الجزم بعدم الوجوب وقد نبهت عليه في «الهداية» .

الثالث : جماع المرأة حائضاً إذا قلنا بوجوب الكفارة فإنه [يوجب][1] التعزير بلا خلاف كما صرح به بعض الأصحاب ولا يحضرني الآن قائله .

---

(١) سقط من أ .

الرابع : إذا قتل من لا يقاد به كما لو قتل ابنه أو عبده أو قتل المسلم الكافر أو غير ذلك فإن الكفارة تجب ومع هذا يجب التعزير كما نص عليه الشافعي في « الأم » ونقله عنه جماعة منهم صاحب « الشامل » ، وسوف أذكر لفظه في الكافر لغرض تعلق به .

نعم يجاب عن هذا بأن إيجاب كفارة القتل ليس هو لما صدر عنه من المعصية بل لأجل إعدام النفس بدليل إيجابها في قتل الخطأ ؛ وحينئذ فيبقي التعمد خالياً عن الزاجر فأوجبنا فيه التعزير زاجراً ، وهذا المعنى الذى قلناه بعينه يقتضي إيجاب التعزير في محرمات الإحرام إن كانت إتلافات كقتل الصيد والحلق ونحوهما دون الاستمتاعات كاللبس والطيب ، ولأجل ما ذكرناه من المعنى اتضح ما ذكره الأصحاب من الجمع بين الكفارة والتعزير في يمين الغموس ؛ فإن التعزير لأجل الكذب والكفارة لانتهاك الاسم المعظم حيث أكد الكذب به .

وقد أجاب بما ذكرناه الشيخ عز الدين في [القواعد الصغري] [والشيخ تقي الدين بن الصلاح في « فتاويه » ومثله ما ذكر الشيخ عز الدين في [القواعد الصغرى] [(١)] أنه لو زنا بأمه في جوف الكعبة في رمضان وهو صائم معتكف محرم لزمه العتق والبدنة ويحد للزنا ويعزر لقطع رحمه وانتهاك حرمة الكعبة ، ومثله الظهار فإن الصحيح على ما قاله بعض الأصحاب أنه يعزر مع إيجاب الكفارة لأن سبب التعزير هو الكذب والكفارة وجبت بالعود .

الخامس : إذا نظر شخص إلى بيت غيره وجوزنا رمي عينه فلم يرتدع ضربه بالسلاح ونال منه بما يردعه .

قال الرافعي هناك : ولو لم ينل منه صاحب الدار عاقبه السلطان .

---

(١) سقط من أ .

هذا لفظه . ومقتضاه عدم التعزير إذا نال منه وكأن ذلك بمثابة الحد على هذه المعصية ، وهو واضح .

السادس : إذا ارتد ثم أسلم فإنه لا يعزر إلا إذا تكرر منه كما ذكره الشيخ في « التنبيه » [1] وغيره ، وكذلك من وطيء زوجته في دبرها كما ذكره البغوي في « التهذيب » والروياني في « الحلية » .

السابع : إذا دخل واحد من أهل القوة إلى الحمي الذي حماه الإمام للضعفة ونحوهم فرعي منه قال القاضي أبو حامد : لا تعزير عليه ولا غرم وإن كان عاصياً .

الثامن : إذا رأي من يزني بزوجته وهو محصن فقتله في تلك الحالة فلا تعزير عليه وإن افتات على الإمام ويعذر لأجل الحمية والغيظ . كذا نقله ابن الرفعة عن ابن داود شارح « المختصر » وقد أعلمتك أنه الصيدلاني ، ونقل الماوردي وغيره وكذلك الخطابي في « معالم السنن » عن الشافعي : أنه يحل له قتله في ما بينه وبين الله تعالى إذا لم يكن له بينة وإن كان يقاد في الظاهر .

التاسع : إذا كتب بعض المسلمين إلى المشركين بأخبار الإمام فقال الشافعي إن كان من ذوي الهيئات لم يعزر ؛ لحديث حاطب بن أبي بلتعة ، وإن لم يكن عزر ؛ كذا نقله في كتاب السير من « الشامل » في باب جامع السير .

قوله : ثم جنس التعزير من الحبس أو الضرب جلداً أو صفعاً إلى رأي الإمام وله الجمع والاقتصار على أحدهما أو علي التوبيخ بالكلام . انتهى .

سكت عن التعزير بالنفي وقد ذكره في باب حد الزنا فقال إن النبي ﷺ

---

(١) التنبيه (ص / ٢٣١) .

نفي المخنثين قال : وهو تعزير ، وكذلك في قاطع الطريق فقال في أوائله وفيما يعاقب به المعين لهم وجهان : أصحهما : يعزره الإمام باجتهاده بالحبس أو التغريب أو سائر وجوه التأديب كسائر المعاصي . انتهى .

ونقل في « الكفاية » عن الماوردي وغيره : أن النفي يجوز التعزير به .

قوله : وأما قدره فيتعلق باجتهاده أيضاً إن خالف جنسه جنس الحد كالحبس وإن رأى الجلد فلابد وأن ينقص عن الحد . انتهى كلامه.

تابعه عليه في « الروضة » وهو صريح في أن مدة الحبس لا تتقدر بوقت ، وليس كذلك بل شرطها أن تكون ناقصة عن سنة فإن الشارع قد جعل تغريب السنة واجباً في حد الزنا والحبس في معناه بل أشد منه فيجب أن يكون التعزير به ناقصاً عنه على قياس سائر التعازير ، وقد نص عليه الشافعي في « الأم » في باب من لا قصاص عليه لاختلاف الدين ما نصه : قال الشافعي : فإذا قتل المؤمن الكافر عزر ولا يبلغ في تعزيره في قتل ولا غيره حداً ولا يبلغ بحبسه سنة ولكن حبس يبتلى به وهو ضرب من التعزير. هذا لفظه بحروفه ومن الأم نقلته ، وهي مسألة مهمة جليلة وحكمها متجه مقاس ، والعذر في عدم وقوف الأصحاب على هذا النص كونه مذكوراً في غير مظنته فلله الحمد على تيسير مثل هذه الأمور التي غفل عن مثلها فحول المتقدمين وتسهيل الاطلاع عليها لتسليم الحاكم والمفتي بخلافها عن الخطأ .

وقد ذهل إمام الحرمين في كتابه المسمي « بالعتابي » عن نص إمام المذهب على المسألة فنقل التقدير المذكور عن بعضهم ثم خطأه فيه فقال : ولست أرى للسلطان إيساع التعزير إلا في إطالة الحبس وليس الحبس ثابتاً في حد حتى يحط التعزير عنه .

ويشرع للقاضي أن يحبس في درهم أمداً بعيداً إلى إتقان القضاء أو

الإبراء ، وقد منع بعض الفقهاء تبليغ مدة الحبس في التعزير سنة نظراً إلى مدة الحبس في التعزير في حد الزنا ، وهذا عندي فاسد كما قدمت ذكره .

وليس التغريب حداً كاملاً وإنما هو جزء من حد . هذا كلامه ،ذكر ذلك قبيل نصف الكتاب بقليل .

نعم المثال الذي مثل به وهو الحبس في وفاء الحق متجه مسلم لأجل استمرار المنع على التلبس بالمعصية وقد صرح الرافعي في مواضع بذلك وبما هو أبلغ منه ؛ منها في باب تارك الصلاة تعليلاً لوجه فقال : وعن صاحب « التخليص » أن الممتنع من الصلاة . ينخس بحديدة ويقال له : قم صل ، حتى يصلي أو يموت ؛ لأن المقصود حمله على الصلاة فإن فعل فذاك وإلا عوقب كما يعاقب الممتنع من سائر الحقوق ويقاتل . هذه عبارته .

وذكر النووي في باب طهارة البدن والثوب من « شرح المهذب » نحوه فقال في تعليل إكراه من جبر عظمه بعظم نجس بلا ضرورة ما نصه : لأنه حصل بفعله وعدوانه فانتزع منه وإن خيف عليه التلف كما لو غصب مالاً ولا يمكن انتزاعه منه إلا بضرب يخاف منه التلف . هذه عبارته .

وذكر ابن الرفعة عن الزبيري أنه قدر ذلك بستة أشهر قال : وغيره لم يقدرها .

والتقدير بما قاله الزبيري هو على طريقة من يقول : لابد أن ينقص التعزير عن أدني الحدود مطلقاً والعبد يغرب نصف عام فلذلك وجب النقصان عنه ، وأما المنصوص عليه في « الأم » فإنه مفرع على الصحيح ؛ وهو أن العبرة بأدني حدود المعزر ؛ وحينئذ فكلام الشافعي محمول على الحر فأما العبد فيتعين النقصان عن ستة أشهر ؛ وبهذا يظهر أن في نقل الأشهر الستة عن الزبيري خللاً ، وأن الصواب التقييد بما دونها لا بالستة نفسها .

قوله : وقيل : لا يزاد على عشر جلدات لما روي عن أبي بردة بن نيار أن النبي ﷺ قال : « لا يجلد فوق العشر إلا في حد »[١] . انتهى .

واعلم أن اللفظ المذكور في الصحيحين عن الراوي المذكور وهو أبو بردة لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد أعني بتقييد النهي عن الزيادة بالأسواط لا بإطلاق النهي عن الزيادة مطلقاً كما قاله الرافعي وهو ظاهر من جهة المعني ، وقد صرح الإصطخري بذلك في تصنيفه في أدب القضاء في الكلام على تعزير من أساء أدبه فقال : أحب أن يضرب بالدرة فإن ضرب بالسوط فأحب أن لا يزاد على العشرة وإن ضرب بالدرة فلا يزاد على تسعة وثلاثين .

قوله : وقول الغزالي في الكتاب : فيوجب الحد أي : يقتضيه ويثبته ، ولا ينبغي أن يحمل على الوجوب بمعني اللزوم ؛ ففي ترك أصل التعزير كلام سيأتي . انتهى.

وما ذكره عجيب فإن مرتكب ما يوجب التعزير لو لم يجب عليه بمعني يلزمه لكان له الامتناع وعدم التمكن من الاستيفاء .

نعم جوزنا للمستوفي تركه لأن ذلك مفوض إليه وهو نائب عن الله تعالى كغيره ممن له حق إذا فوض الأمر فيه لشخص وجوز له قبضه وتركه فتركه لا ينافي وجوبه .

قوله : والزوج يعزر زوجته في النشوز وما يتعلق به ولا يعزرها فيما يتعلق بحق الله تعالى والسيد يعزر في حق نفسه وكذا في حق الله تعالى على الأصح . انتهى ملخصاً.

واللفظ « للروضة » ، وتنويعه هذه المسائل إلى مجزوم بها ومختلف فيها يوهم أن تعزير الزوج فيما يتعلق به كالضرب والشتم من المتفق عليه ، وليس كذلك فإنه قد ذكر فيها وجهين في الكلام على النشوز حتى إنه لم

---

(١) أخرجه البخاري (٦٤٥٦) ، ومسلم (١٧٠٨) من حديث أبي بردة رضي الله عنه .

يرجح منهما شيئاً ، وتعبير « الروضة » بالأصح ، يقتضي قوة الخلاف مع أنه ضعيف .

كذا صرح هو به في الباب الثاني من كتاب حد الزنا فقال : وهو ضعيف . هذه عبارته .

قوله : وحكي الإمام عن المحققين أن المعزر إذا علم أن التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح لم يكن له أن يضرب مبرحاً ولا غيره ، أما المبرح فلأنه مهلك وأما غيره فلا فائدة فيه ويشبه ضربه ضرباً لا يبرح إقامة لصورة الواجب . انتهى.

أهمل في « الروضة » ما رجحه الرافعي من جهته وهو ظاهر ويقوي ما قاله المحققون أنه لو قتل نحيفاً بضربات تقتل مثله غالباً وتيقنا أو ظننا ظناً مؤكداً أن الجاني لا يموت بتلك الضربات فلا تراعي المماثلة بل يقتل بالسيف كذا نقله الرافعي عن الإمام . ومثله إذا لاط بصبي فمات .

وقلنا : يدس في دبره خشبة قريبة من السّه ليموت بها ، فإن ذلك لا يفعل إذا لم يتوقع موته بتلك الخشبة بل يقتل بالسيف . كذا نقله الرافعي عن « التتمة » .

قوله في الاستدلال على ترك التعزير بأن النبي ﷺ أعرض عن جماعة استحقوا التعزير كالذي غل في الغنيمة والذي لوي شدقه حين حكم النبي ﷺ - للزبير في سراج الحرة . وأساء الأدب . انتهى.

الغلول : بالغين المعجمة هو السرقة .

والشدق : بالشين المعجمة وسكون الدال المهملة وبالقاف .

وليه هو فعل المستهزئ بالناس .

وسراج الحرة تقدم إيضاحه في إحياء الموات .

قوله : ولو عفي مستحق التعزير عن القصاص أو الحد أو التعزير

فهل للإمام التعزير ؟ فيه وجوه : أشبهها: الفرق بين أن يكون العفو عن الحد فلا يعرز، وبين أن يكون عن التعزير فيعزر لأن الحد لازم مقدر ولا يتعلق بنظر الإمام بخلاف التعزير . انتهى .

واعلم أن الرافعي قد ذكر في أوائل الفصل الثالث من الباب الثاني من أبواب اللعان ما يتبادر إلى الفهم منه مخالفته لهذا ، وليس كذلك بل يستفاد منه حكم آخر فحصل الغلط هاهنا من عدم استحضاره فقال : والتعزير على نوعين .

تعزير تكذيب : وهو الذي شرع في حق الزاني الكاذب ظاهراً فإنه يكذب بما يجري عليه وذلك كما إذا قذف زوجته الذمية أو الصغيرة التي يوطأ مثلها .

وتعزير تأديب : وهو أن يكون كذبه معلوماً أو صدقة ظاهرا فيعزر لا تكذيبا له ولكن تأديباً .

فأما النوع الأول فالتعزير فيه يستوفي بطلبها .

وأما الثاني فظاهر كلام الشافعي أنه إنما يستوفي أيضاً بطلبها ، وحكي الإمام وجهاً أنه يستوفيه السلطان ولا يتوقف على طلبها كما يؤدب من يقول الناس زناة .

والمذهب الأول لأنها المقصودة بالإبداء والمتضررة بإشاعة الفاحشة انتهى ملخصاً .

فاستفدنا بما قاله هناك أن التعزير يتوقف على الطلب على الصحيح ، وهذا الحكم لم يذكره هنا بل قد ربما . يتوهم خلافه فيقال إذا جاز بعد الإسقاط جاز قبل الطلب بطريق الأولى ، وليس كذلك بل الفرق أنه إذا عفى فقد أسقط حقه فيبقي حق الإصلاح إلى الإمام ، وإذا لم يطالب فالإصلاح منتظر بطلبها فلم يؤنس منه ، وأيضاً فلو أقيم قبل الطلب لفوت عليه هذا الحق وهو حق الطلب وحصول التشفي .

كتاب موجبات الضمان

والمراد منها أسباب ثلاث :

أحدها : ما يلزم الولاة بتصرفاتهم .

قوله : ولو ضرب في حد الشرب أربعون جلدة فمات ففي وجوب الضمان قولان ، ويقال وجهان :

أحدهما : يجب لأن التقدير بالأربعين كان بالاجتهاد .

وأصحهما أنه لا يجب كما في سائر الحدود ، وحكي ابن كج طريقة قاطعة بذلك . انتهى ملخصاً.

وهذه الطريقة قد أسقطها النووي من « الروضة » وسببه أن الرافعي ذكرها بعد ذلك في الكلام على علامات لفظ « الوجيز » .

قوله : ولو وقع في نار وعلم أنه لا ينجو منها وأمكنه أن يلقي بنفسه في بحر ورأي ذلك أهون من الصبر على لفحات النار فهل له ذلك ؟ فيه وجهان : أحدهما : أنه لا يجوز لأنه افتتاح سبب مهلك ، وأصحهما على ما ذكر صاحب الكتاب الجواز لأنه أهون . انتهى ملخصاً.

والأصح ما رجحه الغزالي؛كذا صححه النووي في« أصل الروضة » .

قوله :والختان واجب في حق الرجال والنساء . انتهى.

وما ذكره من الوجوب فمحله في غير الخنثي فلا يختن في صغره فإذا بلغ فوجهان : أحدهما : يجب ختان فرجيه ليتوصل إلى المستحق وبهذا قطع في « البيان » ، وأصحهما :لا يجوز ختانه لأن الجرح لا يجوز بالشك وبه قطع البغوي .

فعلي الأول إن أحسن الختان ختن نفسه وإلا اشتري جارية تختنه ، فإن

لم يكن تولاه الرجال والنساء للضرورة . هكذا ذكره النووي في « شرح المهذب » و « زوائد الروضة » .

قوله : روي أنه ﷺ قال لأم عطية وكانت تخفض : « أشمى ولا تنهكي »[1] ؛ أي : اتركي الموضع أشم وهو المرتفع ولا تبالغي في القطع. انتهى .

الخفض : بخاء وضاد معجمتين بينهما فاء ، هو الختان كما سبق إيضاحه في عيوب البيع .

وأما أشمي : فهو بشين معجمة مأخوذ من الشمم وهو ارتفاع قصبة الأنف مع استواء أعلاه فإن كان فيها إحديداب فهو القنا ، نقول رجل أشم الأنف وجبل أشم أي : طويل الرأس .

وأما تنهكي فهو بتاء مفتوحة بعدها نون من قولهم نهكت الثوب أنكه نهكاً على وزن دفعت أدفعه دفعاً ؛ أي : لبسته حتى خلق وبلي .

قوله : من « زوائده » : وهل يحسب يوم الولادة من السبعة المستحبة وجهان في« المستظهري » : أصحهما : لا ، وحكاه عن الأكثرين . انتهى كلامه.

وما ذكره من رجحان عدم الحسبان ذكره أيضاً في باب السواك من «شرح المهذب »، وكذلك في « النكت » التي له على التنبيه » فإنه نقله فيها أيضاً عن الأكثرين .

إذا علمت ذلك فقد صحح في « شرح مسلم » : أنه يحسب، ذكر ذلك في باب خصال الفطرة في الكلام على الختان وعبر بالأصح وصحح أيضاً الحسبان في « شرح المهذب » وفي « أصل الروضة » بالنسبة إلى

(١) أخرجه أبو داود (٥٢٧١) ، والحاكم (٦٢٣٦) ، والطبراني في « الكبير » (٨١٣٧) ، والأوسط (٢٢٥٣) و « الصغير » (١٢٢) والبيهقي في « الشعب » (٨٦٤٥) وفي « الكبري » (١٧٣٣٧) من طرق . وقال الألباني : صحيح .

العقيقة وهو نظير المسألة ؛ فإن العقيقة والختان وحلق رأس المولود وتسميته يستحب فعلهن يوم السابع ، والفتوي على عدم الحسبان فإنه المنصوص للشافعي في« البويطي» .

قوله في « الزيادات » أيضاً : ولو كان لرجل ذكران عاملان خُتنا ، فإن كان أحدهما عاملاً ختن وحده ، وهل يعرف العمل بالجماع أو البول ؟ وجهان . انتهى .

وقد ذكر في باب الغسل من الجنابة من « زوائده » ما حاصله الجزم باعتبار البول فإنه قال : ولو كان له ذكران يبول بهما فأولج أحدهما وجب الغسل ولو كان يبول بأحدهما وجب الغسل بإيلاجه ولا يتعلق بالآخر حكم في نقص الطهارة هذه عبارته . ومقتضاه ما ذكرناه ، وذكر أيضاً في نواقض الوضوء نحوه .

نعم: لقائل أن يقول : محل هذا الخلاف عند التعارض أما عند وجود أحدهما فقط فإنا نستدل به على العمل جزماً ، لكن مقتضي كلامه أن الخلاف أعم من ذلك .

قوله في « الروضة » : وأما الضمان الواجب بخطأ الإمام في الأحكام وإقامة الحدود فهل هو على عاقلته أم في بيت المال ؟ قولان : أظهرهما على عاقلته ، وقد سبقا في باب العاقلة . انتهى كلامه.

وما ذكره من سبق القولين في الباب المذكور سهو ؛ فإنه لا ذكر لهما فيه بالكلية .

نعم سبقا في استيفاء القصاص وفي الديات والمذكور في الرافعي إحالتهما على الديات .

قوله في « الروضة » : فلو أقام الحد بشهادة اثنين ثم بانا ذميين أو عبدين أو امرأتين أو مراهقين ومات المحدود فقد بان بطلان الحكم ،

وكذا لو بانا فاسقين على الأظهر ، ثم إن لم يقصر في البحث بل بذل وسعه جري القولان في أن الضمان على عاقلته أم في بيت المال ؟ ثم قال ما نصه : ثم إذا ضمنت العاقلة أو بيت المال فهل يثبت الرجوع على الشاهدين ؟ فيه أوجه :

أحدها : نعم لأنهما غرا القاضي .

وأصحها : لا لأنهما يزعمان أنهما صادقان ولم يوجد منهما تعد ، والثالث :يثبت الرجوع للعاقلة دون بيت المال ، فإن أثبتنا الرجوع طولب الذميان في الحال ، وفي العبدين يتعلق بذمتهما على الأصح وقيل بالرقبة ، وأما المراهقان فإن قلنا يتعلق برقبة العبدين نزلنا ما وجد منهما منزلة الإتلاف وإلا فقول الصبي لا يصلح للالتزام فلا رجوع وإن بانا فاسقين فإن قلنا لا ينتقض الحكم فلا أثر له ، وإن قلنا ينقض ففي الرجوع عليهما أوجه :

أحدهما : نعم كالعبدين .

والثاني : لا لأن العبد مأمور بإظهار حالة بخلاف الفاسق.

وأصحهما : إن كان مجاهراً بالفسق ثبت الرجوع لأن عليه أن يمتنع من الشهادة ولأن قبول شهادته مع مجاهرته يشعر بتغريره ، وإن كان كاتماً فلا . انتهى كلامه .

وهو كلام محبط مظلم لأن قوله : فإن أثبتنا الرجوع ،بعد قوله : فهل يثبت الرجوع على الشاهدين ، صريح في أن التفريع على الرجوع على جميع من تقدم ومنهم المراهقان والفاسقان ؛ وحينئذ فكيف يستقيم أن يذكر في هذا التفريع وجهاً أن المراهق لا ضمان عليه ووجهين في النقض إذا كانا فاسقين .

وأفحش من ذلك كله تصحيحه عدم الرجوع إذا كانا يكتمان فسقهما .

واعلم أن كلام الرافعي صحيح واضح ، وهذا الخلل إنما حصل من سوء اختصار النووي ؛ فإن الرافعي إنما حكي الخلاف أولاً في الذميين والعبدين خاصة ثم فرع عليهما فإنه قال : ثم إذا ضمن العاقلة أو ضمن بيت المال فهل يثبت الرجوع على الذميين والعبدين ؟ فيه وجهان ، وفي أمالي أبي الفرج تخصيص الوجهين بما إذا غرمنا بيت المال أحد الوجهين ثبوت الرجوع . . إلى آخره .

ثم قال : التفريع إذا أثبتنا الرجوع طولب الذميان ، ثم ذكر ما ذكره في « الروضة » وهو حسن لا إشكال عليه ولا إلباس لديه ، وقد أعاد الرافعي المسألة قبل كتاب الدعاوي وحكي عن جماعة أن المزكين يغرمون .

قوله : وذكر الإمام أن هذا الخلاف يناظر الخلاف في أن القاضي الحنفي إذا قضي للشافعي بشفعة الجوار وبالتوريث بالرحم والرد هل يحل للمقتضي له . قال : والوجه عندنا القطع بأنه لا يحل أن يأخذ ما يخالف معتقده . انتهى كلامه.

والأصح في هذه المسائل وأشبهها هو الحل باطناً على خلاف ما نقله عن الإمام وأقره . كذا صححه الرافعي في باب القسامة .

قوله : ولو قطع يداً صحيحة بإذن صاحبها لم يجب شيء بلا خلاف، فإن سرى إلى النفس وجبت الدية على قول ، والأظهر خلافه. انتهى .

وما ذكره من إيجاب الدية على القول بالوجوب ، وتابعه عليه في «الروضة » ، والصواب - كما نبه عليه ابن الرفعة وغيره - إنما هو النصف فقط لأنه قد أسقط ما يقابل النصف وهو دية اليد ؛ ولهذا لوقطعت يده فقال : عفوت عن هذه الجناية وما يحدث فيها أو سكت عن الذي يحدث فسري إلى النفس وجب النصف فقط . والخلاف المذكور قد حكاه الرافعي

على هذا الوجه أيضاً في أوائل باب العفو عن القصاص وكذلك في «المحرر» و « المنهاج » ، ومـا نقلناه في أول المسألة عن الرافعي من أن الأظهـر عدم الوجوب قد أسقطه من « الروضة » فاعلمه .

قال : النظر الثاني في دفع الصائل

قوله :وإذا صال على نفسه مسلم لم يجب عليه دفعه في أصح القولين .

ثم قال : وعن القاضي الحسين الفرق بين أن يمكنه دفعه من غيره أن يقتله فيجب وبين أن لا يمكنه دفعه إلا بالقتل فيجوز الاستسلام . انتهى .

وهذا النقل عن القاضي[نقله عنه البغوي في « التهذيب » ولكنه أهمل منه شرطاً آخراً ذكره القاضي] في « تعليقه » فقال : إن الأصحاب أطلقوا القول بأن المقصود بالخيار بين الاستسلام وبين الدفع عن نفسه .

وقلت أنا : إن أمكنه أن يدفعه من غير أن يجرحه أو يقتله وجب عليه الدفع .

قوله : وفي تعليق إبراهيم المروزي وجهان فيمن جلد رجلاً ثمانين وقال قد كان قذفني وأقام بينة به هل يحسب ذلك عن الحد ؟ وبنى على الوجهين أنه إن عاش هل يعاد الحد وإن مات هل يجب القصاص على الشارب ؟

انتهى كلامه .

تابعه فى «الروضة» على حكاية الوجهين من غير ترجيح، والأصح منهما عدم الحسبان ؛ كذا صححه الرافعى قبل ذلك فى باب حد القذف وضعف مقابله .

قوله : فمن رأى إنساناً يتلف مال نفسه مثل أن يحرق كدسه ويغرق متاعه جاز له دفعه ،وإن كان حيوانا بأن يراه يشدخ رأس حماره ففى وجوب الدفع بحرمة الحيوان وجهان؛ المذكور منهما فى «التهذيب» : أنه يجب . انتهى .

والأصح كما ذهب إليه البغوي كذا صححه في «الروضة» ولم ينبه على أنه من «زوائده» بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

والكدس : بالكاف سبق إيضاحه في حد السرقة .

والشدخ : بشين وخاء معجمتين بينها دال ساكنة : كسر الشيء الأجوف .

ثم ذكر الرافعي في الفصل ألفاظاً .

منها : الفهر : بفاء مكسورة وهاء ساكنة وراء مهملة، هو الحجر الذي يملأ الكف، يذكر ويؤنث ،ويجمع على أفهار .

ومنها قولهم : فلان من عرض الناس : هو بعين مهملة مضمومة وراء ساكنة وضاد معجمة ؛ أي : من عامتهم .

ومنها : القضم : بقاف مفتوحة وضاد معجمة ساكنة هو العض بالأسنان .

وأما الخضم : بالخاء والضاد المعجمتين فهو الأكل بجميع الفم .

ومنها : ينبعج بطنه : هو بباء موحدة وعين مهملة بعدها جيم؛ أي : يشقة، يقال : بعج بطنه بالسكين يبعجه بالفتح بعجا فهو مبعوج وبعيج .

ومنها : صير : بصاد مهملة مكسورة بعدها ياء ساكنة بنقطتين من تحت وبالراء المهملة هو الشق ؛ يقول : نظرت إليه من صير الباب ، أي : من الشق الذي فيه .

ومنها : أنه روى أنه ﷺ كان يخاتل الناظر ليرمي عينه بالمدري (١) .

المخاتلة : بالخاء المعجمة والياء المثناه بنقطتين من فوق هي المخادعة والمراصدة . ومنها الفسطاط : بضم الفاء وكسرها هو بيت من شعر.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٥٨٠) ومسلم (٢١٥٦) من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه .

قوله : ولو كان للقتيل وارثان فحلف أحدهما ونكل الآخر حلف القاتل للآخر وعليه نصف الدية للحالف، وإن كان أحدهما بالغاً والآخر صغيراً وحلف البالغ لم يقتص حتى يبلغ الصغير فيحلف أو يموت فيحلف وارثه.

وإن أخذ البالغ نصف الدية حكى الروياني أنه يؤخذ للصغير أيضاً، فإذا بلغ حلف، فإن نكل وحلف القاتل رد عليه ما أخذ . انتهى كلامه .

واعلم أن الدعوى بمال الصبي والمال الذي عليه مذكور في موضعين: أحدهما في كتاب الدعاوي في الكلام على النكول قبيل الباب الخامس المعقود للبينة، والموضع الثاني في آخر الصداق وفيه اضطراب أوضحته هناك فليراجع منهما .

قوله : السادسة :لو كان باب الدار مفتوحاً فنظر منه أو نظر من كوة واسعة أو من ثلمة حصلت في الجدار، فإن كان مجتازاً لم يجز فصد عينه، وإن وقف ونظر متعمداً فوجهان : أصحهما عند صاحب «التهذيب» وبه أجاب الإمام : المنع . انتهى .

والأصح ما صححه البغوي، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في أصل «الروضة» .

قوله : ولو نظرت المرأة أو المراهق جاز رميهما على الأصح .

لقائل أن يقول : كيف يجوز رمى المراهق مع أنه غير مكلف ولهذا لا يقام عليه شيء من الحدود قصاصاً كان أو غيره ، وقد ذكر الرافعي قبل ذلك أنه لو كان في الدار محرم للبالغ الناظر أو زوجة أو متاع لم يرم لأجل الشبهة وأي شبهة أقوى من عدم التحريم ؟

قوله : قال السرخسي : لو كان من في الدار غاصباً لم يستحق الناظر الرمي، وإن كان مستأجراً فله الرمي، وإن كان مستعيراً فوجهان .

ذكر في «الروضة» مثله، وفيه أمران :

أحدهما : أن صورة المسائل الثلاث أن يكون الناظر هو المالك . كذا رأيته في «الأمالى» للسرخسي فتفطن له .

الثاني : أن الرافعي قد ذكر في السرقة أن الدار المستعارة حرز بالنسبة إلى غير المعير، وكذا في حق المعير على الأصح .

وقياس مسألتنا أن يكون مثله أيضاً حتى يكون الأصح من الوجهين أنه يرمي كما في القطع ؛ بل أولى .

قوله : ولو صال العبد المبيع على البائع أو أجنبي قبل القبض فقتله دفعاً انفسخ العقد .

ولو صال على المشتري فقتله ففي مصيرة قابضا وجهان . انتهى .

والأصح : أنه لا يصير ؛ كذا صححه النووي في كتاب البيع من «الروضة» .

قوله : وفي «البيان» : أنه لو قطع يد الصائل في الدفع فلما ولى تبعه فقتله وجب عليه القصاص عن النفس، وحكى عن بعض الأصحاب أن لورثة المصول عليه أن يرجعوا في تركة الصائل بنصف الدية . قال : والذي يقتضيه المذهب أنهم لا يرجعون بشيء لأن النفس لا تنقص بنقصان اليد. انتهى كلامه .

ذكر في «الروضة» مثله . وهو غلط وقع في «البيان» سببه أنه نقل المسألة عن «العدة» لأبي عبد الله الطبري فغلط في فهم ما ذكره عنه، ثم اعترض عليه بسببه فتبعه عليه الرافعي ثم النووي في «الروضة» ؛ وذلك أن صورة المسألة أن القاطع هو الصائل ثم إن الصائل ولي فينتبه المصول عليه وهو المقطوع يده فيقتله أي يقتل الصائل فإن القصاص يجب على المقطوع لأنه قتل الصائل بعد هربه، وإذا قتل أي المقطوع قصاصاً وجبت لورثته في تركة الصائل نصف الدية لأن القصاص في اليد قد تعذر بموته . هكذا صور المسألة صاحب العدة وعلى هذا التصوير لا إشكال فإنه قال أعني صاحب

العدة : وإذا ولي عنه القاصد وترك [قصده] (١) لم يكن له أن يصيبه بشيء .

ثم قال ما نصه : فإن قطع يد رجل عند القصد فلما ولي تبعه وقتله كان لوليه القصاص في النفس لأنه حين ولي عنه لم يكن له أن يقتله ،ولورثة المقصود أن يرجعوا في تركة القاصد بنصف الدية لأن القصاص سقط عنه بهلاكه .

هذا لفظ «العدة» ومنها نقلت، وهو كلام صحيح متفق عليه فنقله عنه صاحب البيان متوهماً أن القاطع هو الصائل فقال : وإن قصده فقطع يده فولي عنه ثم تبعه فقتله كان لوليه القصاص في النفس لأنه لما ولي عنه لم يكن له قتله .

قال الطبري في العدة» : ولورثة المقصود أن يراجعوا في تركه القاصد بنصف الدية لأن القصاص سقط عنه بهلاكه .

قلت : والذي يقتضيه المذهب أنهم لا يرجعون بشئ كما لو اقتص منه فقطع يده ثم قتله، ولأن النفس لا تنتقص بنقصان اليد؛ ولهذا لو قتل رجل له يدان رجلاً ليس له إلا يد قتل به ولا شيء لورثة القاتل .

هذا كلام «البيان» ، وتصويره المنقول عن صاحب العدة صحيح، والضمير في قوله : فقطع يعود على القاصد الصائل، والتعليل الذي ذكره صاحب «العدة» يوضحه، فتوهم صاحب «البيان» عوده إلى المصول عليه فاعترض عليه، ثم إن الرافعي زاد الأمر إشكالاً والتعبير خللاً فصرح بذلك في التصوير، ثم إنه حذف المنقول عنه والتعليل المرشدين إلى الصواب فزاد الأمر فساداً وتبعه على ذلك كله في «الروضة» ؛فلله الحمد على الإرشاد إلى الصواب .

---

(١) سقط من أ .

قال النظر الثالث : في إتلاف البهائم

قوله : ولو كان مع الدابة سائق وقائد فالضمان عليهما بالسوية لأنها تحت يدهما، وفي الركب مع السائق أو القائد وجهان :

أحدهما : أن الجواب كذلك، والثاني : يخص الراكب بالضمان لقوة يده وتصرفه؛ وينبني ذلك على الخلاف فيما إذا تنازع الركب والسائق في الدابة تجعل في يدهما أو تختص بالراكب . انتهى .

تابعه في «الروضة» على حكاية الوجهين من غير ترجيح، والأصح أن اليد للراكب خاصة . كذا ذكره الرافعي في آخر كتاب الصلح فقال: إنه المذهب ونقل التشريك عن أبي إسحاق إلا أن الرافعي إنما ذكر ذلك في القائد مع الراكب ولم يتعرض للسائق مع الراكب إلا أنه مثله كما اقتضاه كلامه وكلام غيره وقد حذف النووي المسألة من كتاب الصلح فلزم منه خلو«الروضة» عن المرجح المذكور في الرافعي ،وعن التصريح بمن له اليد في الراكب والقائد فإنه لا تصريح فيها بذلك في موضع من المواضع .

قوله : قال الإمام : والدابة النزقة التي لا تنضبط بالكبح والترويد في معاطف اللجام لا تركب في الأسواق ومن ركبها فهو مقصر ضامن . انتهى .

أما النزقة : فبنون وزاي معجمة وقاف، وقد فسرها الرافعي بما ذكره .

والكبح : بكاف مفتوحة ثم باء موحدة ساكتة ثم حاء مهملة، هو جذب الدابة باللجام . كذا ذكره الجوهري .

وذكر أيضاً ذلك بالضبط المذكور إلا أنه بالتاء المثناة من فوق وفسره برمي الجسم بما يؤثر فيه، وتفسير كلام الرافعي به أيضاً محتمل .

وذكر الرافعي أيضاً هنا من أفعال الدابة الخبط والرمح .

فالخبط : ضرب الأرض بيديها ،وهو بالخاء المعجمة، ومنه قيل : يخبط خبط عشواء، وهي الناقة التي في بصرها ضعف تخبط إذا مشت لا تتوقى شيئاً .

والرمح : بفتح الراء وسكون الميم وبالحاء المهملة ضربها بالرجل .

قوله : وإذا راثت الدابة أو بالت في سيرها وزلق به إنسان وتلف نفس أو مال أو تلف شيء من الرشاش بممشاها وقت الوحل فلا ضمان في ذلك كله .

وإذا بالت أو راثت في الطريق وقد أوقفها فيه فأفضى المرور في موضع البول إلى تلف فالمذهب أنه لا ضمان، وقيل : يفرق بين الطريق الواسع والضيف . انتهى ملخصاً .

وما جزم به هاهنا من عدم ضمان ما تلف بسبب الزلق في بول الدابة وروثها قد جزم بخلافه في كتاب الحج في الكلام على محرمات الإحرام في النوع السابع المعقود للصيد، وقد سبق ذكر لفظه في موضعه، وذكر في «الروضة» هذا الموضع على حاله.

وأما المذكور في الحج فحذف منه التصريح بالآدمي والبهيمة لكنه أحال ذلك في أول الفصل المعقود له على الجنايات ثم ذكر ما ذكر فعلم بذلك مناقضه، بل لو لم يصرح بذلك لعلم من ضمان الصيد أيضاً .

وقد صرح أيضاً في «شرح المهذب» بضمان الآدمي والبهيمة كما قال الرافعي ولم يحك فيه خلافاً ولم يتعرض هناك في «الشرح الصغير» ولا في «المحرر» للمسألة .

نعم: هي مذكورة فيهما في هذا الباب كما في «الكبير».

قوله : ولو كان في داره كلب عقور أو دابة رموح قد حلها إنسان بإذنه ولم يعلم الحال فقولان كما لو وضع بين يديه طعاماً مسموماً فأكله، ومنهم

من خصص الخلاف بما إذا كان أعمى أو كـان في ظلمة ،وقطع بنفي الضمان إذا كان بصيراً يرى . انتهى كلامه .

ومقـتضـاه تصحـيح وجوب الدية لأن أصح الأقـوال في تقديم الطـعام المسمـوم وجوبها كـما هو مذكور في أوائل الجـنايات، وهذا الذي ذكره هنا مخالف لما سبق في كتاب الجنايات في آخر الطرف الثالث منه مخالفة عجيبة فإنه جزم بـعدم الضمان وزاد فادعى أنـه لا خلاف فيه وقد سـبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قـوله نقلاً عن «فـتـاوى البغـوي» : بخلاف الطـفل يسقط على قـارورة يضمن لأن للطفل فعلاً بخلاف الميت . انتهى .

وهذا الكلام يشعر بأن غير المميز يجب عليه ضمان ، ما أتلفه وفيه كلام سبق في أوائل الجنايات يتعين الوقوف عليه .

كـتــاب السيــر

وفيه ثلاث أبواب :

الباب الأول : في وجوب الجهاد

اعلم أن النووي قد رتب مسائل هذا الباب على غير ترتيب الرافعي وأنا تابع للأصل فاعلمه .

قوله في أصل «الروضة» : ثم فرض الصوم بعد الهجرة بسنتين . انتهى .

ذكر بعده من « زوائده » ما حاصله أن افتراضه كان بعد ستة أشهر من الثانية لا بعد سنتين فإنه قال : إنه فرض في شعبان من السنة الثانية وما ذكره أولاً تبعاً للرافعي ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما .

قوله : وفرض الحج سنة ست ، وقيل سنة خمس . انتهى .

وما ذكره هنا من تصحيح الست قد خالفه في أوائل الحج في الكلام على أنه ليس على الفور فجزم بأنه فرض في سنة خمس، وقد سبق ذكر لفظه في موضعه، وذكر النووي بعد هذا من « زوائده » وجهاً آخراً أنه فرض سنة تسع ،وذكر غيرهما فيه وجوهاً أخرى .

قوله من «زوائده» : واختلف أصحابنا في أن شرع من قبلنا هل هو شرع لنا إذا لم يرد ما ينسخ ذلك الحكم، والأصح : أنه ليس بشرع ، وقيل : بلى ، وقيل : شرع إبراهيم فقط . انتهى .

وهذه المسألة بترجيحها مذكورة في باب الأطعمة من الرافعي وذكرها أيضاً في «الروضة» هناك وحكى الخلاف قولين .

قــوله من «زوائده» أيضاً : وتوفـي ﷺ ضحى يوم الاثنين لثنتي عـشرة خلت من ربيع الأول سنة إحدى عشرة من الهجرة . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكــره من أن وفــاته عليــه الصــلاة والســلام في ربيع الأول فصــحيح، وأما كــونها يوم الاثنين مع كــونها في الثاني عــشر فذكــره أيضاً غيره، وهو غلط .

وذلك لأنه ﷺ قبضه الله تعالى إليه بعــد رجوعه من الحج وكان وقوفه بعرفة يوم الجمعه بالاتفاق فيكون أول ذي الحجة يوم الخميس ؛ وحينئذ فإن كانت الأشهر الثلاث التي بقيت من عمره ﷺ كلها تامة كان الثاني عشر من ربيع إنما هو يوم الأحد لأنه يكون أول ذي الحـجة الخميس كمــا قلناه وآخره الجمعــة وأول المحرم السبت وآخره الأحد وأول صفــر الاثنَين وآخره الثلاثاء وأول ربيع الأربعاء وحينئــذ فيكون ثاني عشرة يوم الأحــد، وإن نقص شهر واحد وتم شهران كان أول ربيع متــقدماً على اليوم الذي قلنا إنه أوله بتقدير تمام الأشــهر الثــلاث يوم واحد ، فــيكون أوله الثــلاثاء ، وإذن يكون ثاني عشرة يوم السبق وإن نقص شهران وتم شهر واحد كان أول ربيع متقدما بيوم آخر فيكون أوله الاثنين وحــينئذ فثاني عــشرة الجمعة ،وإن نقــصت الأشهر الثلاث كان أول ربيع سابقاً على ما قبله بيوم أيضاً فيكون أوله الأحد فيكون ثاني عــشرة يوم الخمــيس ؛ فثــبت بطلان الجمع بين الاثنين مع كــونه ثاني عشر .

قوله أيضــاً من «زياداته» : ثم نسخ أي : قيــام الليل بإيجاب الصلوات الخمس ليلة الإسراء بمكة أشهر ليلة سبع وعشرين من رجب . انتهى كلامه .

وهذا الذي جزم به من كون هذه الليلة التي أسرى به فيها وفرضت فيها الصلاة كانت في رجب قد خالفه في «فتــاويه» في كتاب الصلاة فجزم بأنها ليلة السابع والعشرين من ربيع الأول فقال : ثم نسخ قيام الليل ليلة الإسراء ووجب فــيهــا الصلوات الخــمس ،وكان الإســراء سنة خــمس أو ست من النبــوة، وقيل غــير ذلــك، وكان الإســراء ليلة السابــع والعشــرين من ربيع

الأول. هذا كلامه .

وخالفهما معاً في «شرح مسلم» فجزم بأنها ليلة السابع والعشرين من ربيع الآخر، وسبقه إلى ذلك القاضي عياض في «شرح مسلم» أيضاً فقلده فيه النووي .

قوله : فللكفار حالتان : إحداهما : إذا كانوا مستقرين في بلادهم فالجهاد معهم فرض على الكفاية فإن امتنع الجميع أثموا . وهل يعمهم أم يختص بالذين ندبوا إليه ؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين .

انتهى . والأصح على ما ذكره في «الروضة» من «زوائده» أنه يأثم كل من لا عذر له .

قوله : فإنه روى أن غزوة بدر كانت في السنة الثانية من الهجرة وكانت غزوة أحد في الثالثة وغزوة ذات الرقاع في الرابعة وغزوة الخندق في الخامسة وغزوة بني النضير في السادسة وفتح خيبر في السابعة وفتح مكة في الثامنة وغزوة تبوك في التاسعة. انتهى .

وهذه الغزوات قد حذفها النووي من كلام الرافعي ثم أتى بها في أثناء «زياداته» مخالفاً لما ذكره الرافعي من الترتيب من غير تنبيه عليه؛ فإنه ذكر أن غزاة بني النضير في السنة الثالثة وقد تقدم من كلام الرافعي أنها في السادسة وهو المذكور في «النهاية»، وذكر في غزوة الخندق خلافاً أنها في الرابعة أو الخامسة وصحح أنها في الرابعة على خلاف ما جزم به الرافعي، وذكر أن غزوة ذات الرقاع في الخامسة وجزم الرافعي بأنها في الرابعة .

وقريظة : بالظاء المعجمة المشالة بخلاف النضير فإنها بالمعجمة غير المشالة، وهما جميعاً من يهود خيبر وينتسبان إلى هارون عليه الصلاة والسلام قاله الجوهري .

والنضير : هو المذهب، وكذلك النضار بضم النون، والنضير أيضاً على وزن التصرف .

قوله : ويأمرهم المحتسب بصلاة العيد وهل هو جائز أو لازم ؟ فيه وجهان :

انتهى . والأصح وجوب الأمر بها ، وإن قلنا إنها سنة، كذا قاله في «الروضة» .

قال : لأن الأمر بالمعروف هو الأمر بالطاعة لا سيما ما كان شعاراً ظاهراً .

وفيما ذكره من كون الأمر بالمعروف هو الأمر بالطاعة قد سبق منه، وفيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره قبل هذا بأسطر خلافه فقال في أصل «الروضة» : والمراد بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو الأمر بواجبات الشرع والنهي عن محرماته . هذه عبارته .

الثاني : أن الأكثرون على خلاف ما صححه فقد نقل الإمام في «الشامل» عن معظم الفقهاء أن الأمر بالمعروف في المستحب مستحب، ونقل عن القاضي أبي بكر أنه أوجبه .

ثم قال أعني الإمام : إن الأظهر عندي قول الفقهاء . ويؤيد كلامه أنا لا نقاتل على ترك الأذان وصلاة الجماعة والعيد على قولنا : إنها سنة .

الثالث : أن النووي قد ذكر في «فتاويه» وغيرها : أن الإمام إذا أمر بصلاة الاستسقاء صارت واجبة ، وقياسها في العيد كذلك أيضاً ؛ أي : يجب عليه أن يأمر وعليهم أن يفعلوا ، والمتجة أنه يكون فرض كفاية لا عين .

قوله : ويسقط فرض الكفاية بالصغر والجنون والأنوثة، وللإمام أن يأذن للمراهقين والنساء . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن في ما ذكره في المجنون إجمالاً فهل المراد بالجنون وقت الخروج خاصة أم ما هو أغم من ذلك ؟، وبتقدير الثاني فهل المراد الغالب أو الكثير أو أو مطلق ذلك وإن كان نادراً فيه نظر، والمتجة اعتبار ما عدا الأخير .

الأمر الثاني : أن ما ذكروه في الصبي إن كان المراد أنه يحضر ويقاتل فهو مشكل ؛ لأن فيه تغريرا بنفسه وقد منعوا التغرير بماله فبنفسه أولى، ورضاه أو رضا الولي لغرض الشهادة لا أثر له كما لا أثر لذلك في إتلاف.

قوله في «أصل الروضة» : ولا جهاد على أشل اليدين ولا على من فقد معظم أصابعه بخلاف فاقد الأقل . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في فقدان الأصابع حاصله أن الكثرة معتبرة بالنسبة إلى الأصابع كلها لا بالنسبة لي يد واحدة حتى لو قطعت مثلاً أربع أصابع لم يسقط الوجوب، وليس كذلك بل يسقط عنه لأنه يصير كمقطوع إحدى اليدين، وهو الذي اقتصر على نقله ابن الرفعة في «الكفاية» فقال : ولا يجب على مقطوع إحدى اليدين، فلو كان مقطوع بعض أصابعها ،فإن كان المقطوع الأكثر فكذلك الحكم وإن كان المقطوع الأقل وجب. قاله المصنف والماوردي ، وكذلك حكم الأنامل .هذا كلامه .

وعبارة الرافعي ليست كعبارة «الروضة» بل هي إلى عبارة «الكفاية» أقرب فإنه قال : ولا جهاد على الأقطع والأشل لأنه لا يتمكن من الضرب والاتقاء، ومفقود معظم الأصابع كالأقطع .

الأمر الثاني : أن الأصحاب في كتاب الظهار لما تكلموا في سلامة الرقبة من العيب الذي يخل بالعمل سلكوا في قطع الأصابع والأنامل طريقة أخرى مباينة لهذه بالكلية وقالوا : إذا كان مقطوع الخنصر والبنصر معاً لم يجزء، وكذا إن قطع أحد الثلاثة الباقية وهي الإبهام والسبابة والوسطى ،بل

لو قطعت أنملة واحدة من الإبهام لم نجزه .

وهذه الطريقة أسد من الطريقة التي سلكوها في هذا الباب مع أن القتال منوط بالأيدي والعمل المحصل للقوت لا يستلزم ذلك؛ لأنه قد يستأجر للحراسة أو للضبط أو للتعليم وغير ذلك، ولا شك أن مقصود الإعتاق وهو تخليص الرقبة للحرية غير مناف لوضعه لهذه الأشياء، ووضع القتال مناف لذلك لاسيما والكلام في القتال الذي هو فرض على الكفاية، فإن قيل فائدة حضوره تكثير السواد والصياح ونحو ذلك .

قلنا: قولهم :إن الفرض لا يتعلق بمن لا يستطيع القتال مبطل لذلك وأيضاً فإنه يقتضي الإيجاب على مقطوع اليد بكمالها ولا قائل به .

قوله : فإن أمر السيد عبده بالجهاد قال الإمام : الوجه أنه لا تلزمه طاعته لأنه ليس من أهل هذا الشأن والملك لا يقتضي التعرض للهلاك، فليس القتال من الاستخدام المستحق للسيد على العبد، ولا يجوز أن يكون في هذا خلاف، ولا يلزمه الذب عن سيده عند الخوف على روحه إذا لم نوجب الدفع عن الغير بل السيد في ذلك كالأجانب وللسيد استصحابه في سفر الجهاد وغيره ليخدمه .

وقوله في «الكتاب» : وليس عليه الذب عن سيده ، ينبغي أن يعلم بالواو فإنه جواب على أن الدفع عن الغير لا يجب .

انتهى كلامه . وما ذكره من الإعلام بالواو لأجل الخلاف قد تابعه عليه أيضاً في «الروضة» (١) : فقال : ولا يلزمه الذب عن سبده عند خوفه على روحه إذا لم نوجب الدفع عن الغير هذه عبارته .

والذي قالاه وهم فقد سبق في كتاب العيال أنه لا يجب الدفع عن الغير عند الخوف على النفس بلا خلاف فراجعه .

ولا شك أن الرافعي قد اعتمد في ذلك على فهم غير مطابق فهمه من كلام الإمام فإن الإمام لما ذكر ما نقله عنه الرافعي عبر في هذه المسألة بقوله

وإذا لم نوجب الدفع عن المسلم المقصود على التفصيل الذي قدمناه للفقهاء فلا يجب على العبد أن يدفع عن سيده إذا كان في الدفع تعريض نفسه للقتل .

نعم له استصحابه لخدمته. . . إلى آخر ما ذكر . والذي قاله الإمام صحيح فتأمله .

قوله : وإن كان معسراً فقد ذكر القاضي ابن كج أن المذهب أنه ليس لصاحب الدين منعه لأنه لا مطالبة عليه في الحال، وأن أبا إسحاق قال: له المنع . انتهى .

والصحيح ما قاله ابن كج؛ فقد قال في «المحرر» : إنه الأظهر ، والنووي في أصل «الروضة» : إنه الأصح .

قوله : ولو مرض بعد ما خرج أو عرج أو فنى زاده أو هلكت دابته فهو بالخيار بين أن ينصرف أو يمضى، فإن حضر الوقعة فعن رواية القاضي أبي الطيب وصاحب «التقريب»: أنه يلزمه الثبات ،وعن غيرهما يجوز الرجوع لأنه لا يمكنه القتال وهذا أظهر، وخص الإمام الخلاف بما إذا كان لا يورث انصرافه فشلاً وانحلالاً في الجند، فإن أورثه لم يجز الرجوع، وفي التهذيب في صورة هلاك الدابة أنه يلزمه القتال راجلاً إن أمكنه ذلك وإلا فله الانصراف ، وعن بعضهم فيما إذا انقطع عنه سلاحه أو انكسر أنه أمكنه القتال بالحجارة لزمه ذلك . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره عن الإمام من تخصيص الخلاف وأقره عليه قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً وهو وجه ضعيف لا قيد معمول به فقد نقله الرافعي بعد هذا في الباب الثاني المعقود لكيفية الجهاد عن الغزالي وضعفه،ووافقه عليه النووي .

الأمر الثاني : أن ما حكاه عن بعضهم حكاية الأوجه الضعيفة من

وجوب الرمي بالحجارة عند تعذر السلاح قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً لكن قد حكى الرافعي في الباب الذي أشرنا إليه قريباً فيه وجهين وصحح النووي هناك من «زوائده» الوجوب على عكس المذكور هنا وسأذكره في موضعه .

قوله : ولو علمت المرأة أنها لو استسلمت لامتدت الأيدي إليها لزمها الدفع وإن كانت تقتل .

ثم قال : وإن كانت لا تقصد الفاحشة في الحال وإنما تظن ذلك بعد السبي فيحتمل أن يجوز لها الاستسلام في الحال ثم تدفع حينئذ. انتهى كلامه .

تابعه في «الروضة» على التوقف في المسألة والاقتصار على هذا الاحتمال وهو يقتضي أنهما لم يظفرا في المسألة بنقل مع أن الغزالي قد ذكرها في «الوسيط» وحكى فيها وجهين فقال : والمرأة إن علمت ذلك يعني القتل ولكن تعلم أنها تقصد الفاحشة ففي وجوب المكافحة وجهان.

أحدهما : نعم حتى تقتل فإن الفاحشة لا تباح بخوف القتل .

والثاني : لا لأن القتل معلوم والفاحشة موهومة . هذا لفظه.

وهي المسألة بعينها . وتعبيره بقوله : ولكن يعلم ،ليس المراد به حقيقة العلم قطعا لاستحالته بل المراد به الشعور ويؤيده التصريح بذلك في التعليل حيث قال: والفاحشة موهومة .

قوله : الثانية: لو أسروا مسلماً أو جماعة فهل هو كدخول دار الإسلام حتى يصير الجهاد فرض عين ؟ فيه وجهان أظهرهما عند الإمام نعم لأن حرمة دار الإسلام كحرمة المسلمين . انتهى .

لم يصحح في «الشرح الصغير» شيئا أيضاً وصحح النووي في «أصل الروضة» ما رجحه الإمام .

قوله من زوائده الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية ولا يسقط

ذلك عن المكلف لكونه يظن أنه لا يفيد أو يعلم بالعادة أنه لا يؤثر كلامه فإن الذكرى تنفع المؤمنين، وليس الواجب عليه أن يقبل منه بل واجبه أن يقول كما قال تعالى : ﴿ مَا عَلَى الرَّسُولِ إِلاَّ الْبَلاغُ ﴾ (١) انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم السقوط عند العلم بعدم التأثير باطل لا نعرف أحداً قال به بل نقله إمام الحرمين في كتابه المسمى بـ«الشامل» في علم أصول الدين عن القاضي أبي بكر أنهم أجمعوا على عدم الوجوب ولم يخالفه الإمام [فيه وهذا متجه يعضده ما قالوه : أن الوالد والزوج وغيرهما ممن شرع له الضرب تأديباً لا يجوز له الضرب إذا لم يترتب على ضربه فائدة، وذكر الغزالي في «الإحياء» نحو ما ذكره الإمام] وحكى خلافاً في حالة تعارض الاحتمالين وصحح الوجوب، وذكر الإمام نحوه فإنه نقل عن كثير من أنه لا يجب ثم خالفهم .

قوله : قالوا : ومن أمثله المنكر أن يرى مكشوف بعض عورته في حمام. انتهى كلامه .

ذكر بعد هذا أن الإنكار لا يكون في مختلف فيه وحينئذ فالعورة المكشوفة إما أن تكون من الفخذ أو من السوأتين ، فإن كانت من السوأتين وإلا فلا على كلام يأتي فيه .

قوله أيضاً من «زوائده» : ثم العلماء إنما ينكرون على ما أجمع على إنكاره، أما المختلف فيه فلا إنكار فيه لأن كل مجتهد مصيب أو المصيب واحد ولا نعلمه ولا إثم على المخطئ . انتهى كلامه .

وما قاله من عدم الإنكار في المختلف فيه محله إذا كان الفاعل لا يرى تحريمه، فإن كان ممن يراه فوجهان : الصحيح منهما : أنه كالمجمع عليه ؛ كذا قاله الرافعي في كتاب الوليمة وتبعه عليه في «الروضة»، وما ذكروه من عدم الإنكار إذا كان الفاعل لا يرى التحريم يشكل عليه ما إذا شرب الحنفي

---

(١) سورة المائدة (٩٩) .

النبيذ فإن الصحيح أنه يحد مع أن الإنكار بالفعل أبلغ من الإنكار بالقول .

قوله فيها أيضاً : لأن العلماء متفقون على استحباب الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه الإخلال بسنة ثابته أو وقوعه في خلاف آخر . انتهى كلامه .

ومحل هذا كما قاله الشيخ عز الدين في «القواعد» : إذا كان مأخذ المخالف قوياً فإن ضعف فلا يستحب الخروج منه وذكر أيضاً النووي في «شرح المهذب» وغيره نحوه فقال : لا حرمة بخلاف يخالف السنة أي لما ثبت في الحديث الصحيح .

قوله في «الزوائد» أيضاً : واعلم أنه لا يسقط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا أن يخاف منه على نفسه أو ماله أو يخاف على غيره مفسدة أعظم من مفسدة المنكر الواقع . انتهى .

أهمل قسماً آخرا يسقط فيه ؛ وهو ما إذا غلب على ظنه أن المرتكب يزيد فيما هو فيه عناداً . كذا أشار إليه في «الإحياء» ، وذكر الإمام أيضاً نحوه .

قوله : ومن فروض الكفاية : إحياء الكعبة بالحج كل سنة .

هكذا أطلقوه وينبغي أن تكون العمرة كالحج بل الاعتكاف والصلاة في المسجد الحرام فإن التعظيم وإحياء البقعة يحصل بكل ذلك . انتهى.

فيه أمران : أحدهما : أن ما ذكره الرافعي بحثاً قد أشار إليه في «المحرر» فقال : وإحياء الكعبة بالزيارة، وتبعه عليه في «المنهاج» وخالف في «الروضة» : فقال : لا يحصل مقصود الحج بما ذكر فإنه يشتمل على الوقوف والرمي والمبيت بمزدلفة ومنى وإحياء تلك البقاع بالطاعات، والله أعلم .

وما ذكره النووي ـ رحمه الله ـ لا يلاقي المعنى الذي ذكره الرافعي فإنا نسلم أنه لا يحصل مقصود الحج لكن الكلام في إحياء الكعبة لا في إحياء هذه الأماكن .

نعم . المتجه في الصلاة والاعتكاف في المسجد الحرام ما ذكره فإنه ليس فيهما إحياء للكعبة بالكلية بل ولا يختص الاعتكاف بمسجد معين ولا الصلاة بمكان، وأما العمرة فإلحاقها بالحج قريب، وسكت عن الطواف والمتجه أنه كالعمرة ، وأما الاعتكاف داخل الكعبة فالمتجه خلافه بعدم الاختصاص كما سبق .

واعلم أن كلامهم يقتضي أنه يخاطب بهذا الفرض من حج و[من][1] لم يحج وإذا أتى به من لم يحج فيقع على الفرضين معاً وإن حج وقع على فرض الكفاية وحينئذ فلا يكون لنا حج تطوع أصلاً ويقرب منه قولهم في صلاة الجنازة : إن الجميع تقع صلاتهم فرضاً حتى الطائفة الثانية وإذا انحصر الحال فيمن حج لتعذر غيره فيلزمه الحج ثانياً وثالثاً .

الأمر الثاني : لا يشترط في القائمين بهذا الفرض قدر مخصوص بل الفرض أن يوجد حجها في الجملة من بعض الناس .كذا ذكره النووي في آخر الباب الخامس من «مناسكه»، ومقتضاه الاكتفاء بواحد، وفيه بعد؛ لا سيما إذا كان مكثاً واكتفينا بالصلاة ونحوها مما أشار إليه الرافعي، والمتجه: اعتبار الحج من عدد يظهر بهم الشعار يقدمون على مكة فإنهم اعتبروا هذا العدد في الجماعة على القول بوجوبها فهاهنا أولى .

قوله : ومنها دفع الضرر عن المسلمين وإزالة فاقتهم ، كستر العارين وإطعام الجائعين وإعانة المستغيثين في النائبات . انتهى .

ذكر مثله في «الروضة» وفيه أمور :

أحدها : أن تخصيصه بالمسلمين باطل ،فإن أهل الذمة والمستأمنين يجب أيضاً دفع ضررهم بالستر والإطعام وغيرهم كما يجب للمسلم، وقد صرح الرافعي بالمسألة في باب الأطعمة في الكلام على المضطر .

الثاني : أن تعبيره : بستر العارى، ذكر مثله أيضاً في «المحرر» ويقرب من

(١) سقط من أ .

ذلك تعبير «المنهاج» فإنه عبر : بكسوة العارى، والمفهوم من ذلك عرفاً هو ما يحتاج إليه البدن جميعه، وهو كذلك بلا شك، وحينئذ فيختلف الحال بالنسبة إلى الشتاء والصيف والصحة والمرض .

إذا علمت ذلك كله فقد عدل في «الروضة» إلى التعبير بقوله : كستر العورة، وهو تعبير لا مطابق ولا صحيح في نفسه كما سبق .

الأمر الثالث : أن ما ذكره من وجوب دفع وجوب إعانه المستعين في الباب بعد تقريره وجوب (١) دفع الضرر يقتضي وجوب دفع الصائل على الغير ، والذي صححاه في كتاب الصيال عدم الوجوب، وقيل: يجب وإن لم يجب عليه الدفع عن نفسه لكن كيف يقال : يقدم الوجوب على جمع قادرين على ذلك ؟!

قوله في «أصل الروضة» [في الكلام] (٢) على إطعام الجائع : فإذا اشتدت الضرورة فهل يكفي ذلك أم يجب الزيادة إلى تمام الكفاية التي يقوم بها من تلزمه النفقة ؟ حكى الإمام فيه وجهين : انتهى .

فيه أمور : أحدها : أن هذا الكلام يوهم أنهما وجهان لأصحابنا، وليس كذلك بل هو خلاف للأصوليين كذا ذكره الإمام ونقله عنه الرافعي.

الأمر الثاني : أن الراجح الاكتفاء بما يسد الضرورة ؛ فإن الرافعي قد أعاد المسألة في كتاب الأطعمة وجزم بأنها على القولين فيما إذا وجد الميتة والأصح في الميتة ما ذكرناه، والثاني : أنه يشبع .

الأمر الثالث : الواجب في نفقة القريب إنما هو المقدار الذي يتمكن معه من التصرف على العادة لا المشبع ولا دافع الضرورة فقط وهو ما يسد الرمق.

هذا حاصل ما في الرافعي وصرح به في «الوجيز» فتفطن له ؛ فإن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الرافعي هنا قد أحال أحد القولين عليه .

وإذا علمت ذلك علمت أنه يتلخص في الواجب في مسألتنا ثلاث مقالات :

أحدها : سد الرمق .

والثاني : فوق هذا ودون الشبع وهو ما يجب على القريب وهذا من كلام الأصوليين .

والثالث : الشبع .

قوله من «زياداته» قال الإمام في كتابه «الغياثي» يجب على الموسر المواساة بما زاد على كفاية سنة، والله أعلم .

وما نقله عن «الغياثى» وارتضاه سيأتي ما يخالفه في كتاب الأطعمة فإنه قال في «أصل الروضة» : وإن لم يكن المالك مضطراً لزمه إطعام المضطر مسلماً كان أو ذمياً أو مستأمناً ،وكذا لو كان يحتاج إليه في ثاني الحال على الأصح .

قوله : وأما الحرف والصناعات ففرض كفاية .

انتهى هذه عبارته وهذا الكلام يوهم أن الحرف غير الصناعات وقد نص الجوهري في باب الفاء على أنها هي .

قوله : وإن كان له مال زكوى لزمه تعلم ظواهر أحكام الزكاة .

قال الروياني : هذا إذا لم يكن له ساع يكفيه الأمر .انتهى .

والراجح [على ما] (١) في «الروضة» أنه لا يسقط عنه التعلم بالساعى؛ إذ قد يجب عليه ما لا يعلمه الساعي .

قوله : ومن يبيع ويشتري ويتجر يتعين عليه معرفة أحكام التجارات،

(١) سقط من أ .

وكذا ما [يحتاج] (١) **إليه صاحب كل حرفه يتعين عليه تعليمه ،والمراد الأحكام الظاهرة الغالبة دون الفروع النادرة والمسائل الدقيقة** . انتهى كلامه .

وهذه العبارة قد ذكرها أيضاً في «الروضة» ولم يرتضيها في «شرح المهذب» فقال : هذه العبارة أطلقها الإمام والغزالي قال : الأصح قول غيرهما أنه يحرم عليه أن يبيع ويشتري إلا بعد التعلم .

قال : ومن كان ذا زوجة فيجب عليه تعلم عشرة النساء .

قوله : ولا يكفي أن يكون في الإقليم مفت واحد لعسر مراجعته واعتبر الأصحاب قدر مسافة القصر وكأن المراد أن لا يزيد ما بين كل مفتيين على مسافة القصر . انتهى كلامه .

فيه أمران : **أحدهما** : أن النووي قد تابعه في «الروضة» على اعتبار هذه المسألة بين المفتين، وفيه نظر؛ بل الظاهر اعتبارها بين المستفتي ولا يكلف المستفتي في ذهابه للمفتي إلى قطع مسافه القصر لطولها شرعاً بل لابد أن يكون ناقصاً عنها ، والاعتبار الذي ذكره يقتضي أنه يجوز أن يكون بين المفتين أكثر من مسافة القصر فاضرب له مثلاً في مكان معين يظهر لك بالعمل .

الأمر الثاني : أن الغزالي في «الوسيط» قبيل باب القسمة قد جزم بأنه لا يجوز إخلاء مسافة العدوى عن القاضي ،وذكر مثله إمام الحرمين أيضاً وغيرهما ولم يعتبروا ما اعتبروه هنا من مسافة القصر، والوجه استواء المسألتين في المسافة .

قوله من «زوائده» : قال صاحب «الحاوى» : وإنما يتوجه فرض الكفاية في العلم على من جمع أربع شروط فهو أن يكون مكلفاً وممن يتقلد القضاء لا عبداً وامرأة وأن لا يكون تلميذاً وأن يقدر على الانقطاع إليه بأن تكون له كفاية .

---

(١) سقط من أ .

ويدخل الفاسق في الفرض ولا يسقط به ، لأنه لا يقبل قوله، وفي دخول العبد والمرأة وجهان؛ لأنهما أهل للفتوى دون القضاء . انتهى .

وما نقله عن الماوردي من حكاية الخلاف في دخول المرأة والعبد غلط بل جزم بأنهما لا يدخلان في الفرض وحكى الوجهين في سقوط الفرض بهما.

قوله : وإذا تعطل فرض كفاية أثم كل من علم به وقدر على القيام،وكذا من لم يعلم وكان قريباً من الموضع يليق به البحث والمراقبة. انتهى .

قد سبق قبل هذا بنحو ورقة وصفحة من كلام الرافعي شيء يتعلق بهذا ينبغي معرفته .

قوله أيضاً من «زياداته» : وقد قال إمام الحرمين في كتابه «العتابى» : الذي أراه أن القيام بفرض الكفاية أفضل من فرض العين؛ لأنه لو ترك المتعين اختص هو بالإثم ولو فعله اختص بسقوط الفرض،وفرض الكفاية لو تركه أثم الجميع ففاعله ساع في صيانة الأمة عن المأثم،ولا شك في رجحان من حل محل المسلمين أجمعين في القيام بهم عن مهمات الدين . انتهى كلامه .

واقتصار النووي على النقل عن الإمام خصوصاً مع تعبيره بقوله: والذي أراه كذا وكذا يوهم أن ذلك لا يعرف لغيره، وليس كذلك فقد سبقه والده في المحيط بذلك حكماً وتعليلاً . كذا نقله ابن الصلاح في «فوائد رحلته » من خط الشيخ أبي محمد، ثم نقله أيضاً في موضع آخر من «الفوائد» المذكورة عن الأستاذ أبي إسحاق، ثم أطلقت على هذا النقل لأقدم من المذكورين فرأيته في أول «شرح التلخيص» للشيخ أبي على السنجي نقلاً عن جماعة فقال : قال أهل التحقيق : إن فرض الكفاية أهم من فرض الأعيان والاشتغال به أفضل من الاشتغال بأداء فرض العين . هذا لفظه .

ثم ذكر ما سبق من التعليل ،والكتاب المذكور كتاب عظيم جليل المقدار كثير الفوائد .

فصل في السلام

اعلم أن مسائل الفصل قد غير النووي ترتيبها الواقع في الرافعي فتبعته عليه على خلاف العادة .

قوله : ولو قال عليكم السلام قال الإمام : هو تسليم ،وقال المتولي : ليس بتسليم .

انتهى . والأصح مقاله الإمام . كذا صححها الرافعي والأصحاب في باب صفة الصلاة فإنهم نقلوا عن النص إجزاءه في الصلاة بخلاف الأكبر الله، وفرقوا بأن هذا يسمى تسليماً ، وذاك لا يسمى تكبيراً ،وصححه أيضاً في مسائل السلام النووي في كتبه «كالروضة» و«الأذكار» و«شرح المهذب» .

قوله من «زوائدة» : لكن يكره الابتداء به أي : بقوله عليكم السلام . نص على كراهته الغزالي في «الإحياء» ويدل عليه الحديث الصحيح في سنن أبي داود والترمذي عن أبي جرى بضم الجيم تصغير جرو، رضي الله عنه قال : قلت عليك السلام يا رسول الله . قال : «لا [تقل عليك السلام فإن عليك السلام تحيه الموتى» (١) انتهى كلامه .

واعلم] (٢) . إن هذا الحديث الذي ذكره ليس مطابقاً للمسألة ؛ فإن الحديث دل على الكراهة مع الكاف التي للمفرد، وكذلك أيضاً الغزالي في «الإحياء» إنما صرح بالكراهة في هذه الحالة وكلامه إنما هو مع ضمير الجمع .

قوله : وصيغة الجواب : وعليكم السلام، للواحد، ولو ترك حرف

(١) أخرجه أبو داود (٥٢٠٩) والترمذى (٢٧٢٢) والنسائي في «الكبرى» (١٠١٥٠) و«عمل اليوم والليلة» (٣١٨) والطبراني في «الكبير» (٦٣٨٧) وابن أبي شيبة (١٦٦/٥) والبيهقي في «الشعب» (٨٨٨٥) و«الكبرى» (٢٠٨٨٢) وابن أبي عاصم فى «الآحاد والمثاني» (١١٨٣) .

قال الترمذي : حسن صحيحح .

وقال الألباني : صحيح .

(٢) سقط من أ .

العطف وقال : عليكم السلام ففي «النهاية» أنه يكفي ذلك ويكون جواباً، وفي التتمة أنه ليس بجواب . انتهى .

والصحيح المنصوص وقول الأكثرين كما قاله في «الروضة» و«شرح المهذب» و«الأذكار» : أنه جواب .

قوله : ولو تلاقي رجلان فسلم كل واحد منهما على صاحبه وجب على كل واحد منهما جواب الآخر ولا يحصل الجواب بالسلام وأن يرتب السلامان . قاله المتولي . انتهى .

وهذا الذي قاله المتولي عند الترتيب قد خالفه فيه الشاشي فقال: يكون جواباً . قال النووي : وهو حسن وينبغي الجزم به .

قوله نقلاً عن التتمة : والسنة أن يسلم الراكب على الماشي والماشي على الجالس والطائفة القليلة على الكثيرة ، ولا يكره ابتداء الماشي والجالس. انتهى .

وكلام «التتمة» يوهم الكراهة في ابتداء الكثيرين بالقليلين وليس كذلك فقد استدركه في «الروضة» فقال بعد أن أطلق النقل ولم يسنده إلى «التتمة»: وكذا لا يكره ابتداء الكثيرين بالسلام على القليلين وإن كان خلاف السنة والسنة أن يسلم الصغير على الكبير، ثم هذا الأدب فيما إذا تلاقيا أو تلاقوا في طريق، فأما إذا ورد على قاعد أو قعود فإن الوارد يبدأ سواء كان صغيراً أو كبيراً قليلاً أو كثيراً .

هذا لفظه . وما ذكره من كونه لا يكره ،وإن كان خلاف السنة فمناقض لما قرره من أن ما ثبت أنه سنة فإن تركه مكروهاً . وذكر ذلك في مواضع من «شرح المهذب» .

قوله من «زياداته» : والأصح عدم سقوط الفرض برد الصبي مع وجود البالغ .

ثم قال : وهذا كالخلاف في سقوط الفرض بصلاته على الميت . انتهى كلامه .وهو يوهم أن الصحيح في صلاة الجنازة عدم السقوط أيضاً ، وليس كذلك بل الصحيح فيها السقوط فاعلمه .

قوله نقلاً عن المتولي : ولو سلم الصبي ففي وجوب الرد وجهان بناء على الخلاف في صحة إسلامه . انتهى .

وما ذكره المتولي قد خالفه فيه الشاشي وأوجب الرد وقال : إن البناء فاسد ،وصحح النووي في كتبه مقالته .

قوله أيضاً نقلاً عنه أي : عن المتولي : إن سلام النساء على النساء كسلام الرجال على الرجال . انتهى .

نقل الرافعي في آخر الفصل عن بعضهم احتمالين في استحباب سلام النساء بعضهن على بعض ولم يرجح منهما شيئاً وأسقطهما النووي وجزم بالنقل الأول ولم يسنده «للتتمة» .

قوله : ولو سلم رجل على امرأة أو عكسه فإن كان بينهما زوجتة أو محرمية جاز ووجب الرد وإلا فلا يجب إلا أن تكون عجوزاً خارجة عن مظنة الفتنة . انتهى .

واعلم أن الجارية بمثابة الزوجة، وكذلك عبد المرأة بالنسبة إلى المرأة فإنه ليس بمحرم بدليل انتقاض الوضوء مع أنه مباح الخلوة بها ونظره إليها ، واستدرك في «الروضة» الجارية فقط .

ثم قال : إن التعبير بالجواز ناقص والصواب أنه سنة كسلام الرجل على الرجل، ثم إن هذا الكلام لا يقتضي جواز رد الرجل على الشابة وبالعكس فإنه نفي عدم الوجوب فقط وحكمه، كما قال في «الروضة» أنه يحرم عليها الرد عليه ويكره له الرد عليها .

واعلم أن ما ذكرناه عن الرافعي هو من جملة فروع نقلها عن «التتمة» .

قوله : في السلام بالفارسية ثلاثة أوجه .

ثالثها : إن كان قادراً على العربية لم يجز . انتهى .

وتعبيره بقوله لم يجز قد عبر به في «الروضة» أيضاً وهو بضم الياء من أجزأ يعني أنه لا يجزئ في سنة الابتداء ولا في وجوب الرد، وليس مضارعاً لجاز؛ فإن المعنى يفسد؛ لأن المبتدئ لا إثم عليه والمجيب لا يأثم ، وأيضاً إنما يأثم بترك الجواب .

وقد عبر النووي في كتاب الجمعة من «شرح المهذب» بتعبير صحيح بين المراد وصوب فيه وفي «زيادات الروضة» أنه كالتسليم بالعربية .

قوله : وفي استحباب السلام على الفساق ووجوب الرد على المجنون والسكران إذا سلما وجهان . انتهى .

أما المجنون والسكران فقد صحح في شرح المهذب أنه لا يجب الرد عليهما ولا يستحب السلام أيضاً ، ويتجه أن يقال : إن كان للمجنون تمييز فهو كالصبي المميز، وأما السكران إذا كان له تمييز، فإن لم يعص به فلكغيره وإن عصى فهو من جملة الفساق، وقد ذكر في «الروضة» بعد هذا من زوائده في المبتدع وهو منهم أي الفساق أن المختار أنه يستحب أن لا يبدأهم بالسلام إلا لعذر أو خوف من مفسدة ؛ وقياسه أنه لا يجيبهم أيضاً وأما إذا لم يكن للمجنون والسكران تمييز أصلاً فلا يتأتى مجيء الخلاف .

قوله في الفروع المنقولة عن المتولي : وإذا سلم عليه ذمي لم يزد في الجواب على قوله : وعليك . انتهى .

نقل الرافعي في باب عقد الجزية عن البغوي أنه لا يجيبه أصلاً وأقره عليه أيضاً كما أقر المتولي هنا، والصحيح وهو الثابت في الأحاديث الصحيحة هو ما نقله هنا، وقد جزم به النووي ولم يسنده إلى المتولي، وكذلك أرسل مسائل أخرى كثيرة أسند الرافعي جميعها وقد كثيرة أسند الرافعي جميعها وقد تقدم التنبيه على بعضها والغريب أنه بعد إرسالها نبه

في بعضها من «زوائده» على أن صاحب «التتمة» ذكره وسببه ما ذكرته غير مرة أنه يختصر فيتصرف ثم ينسى فيستدرك أو يزيد متوهماً أن المذكور في الأصل للرافعي .

قوله : فإن سلم على من لم يعرفه فبان ذمياً استرد سلامه بأن يقول استرجعت سلامي ؛ تحقيراً له . انتهى .

والتقييد بمن لم يعرفه تبعه عليه في «الروضة» .

وقياس التعليل بالتحقير أنه الأقرب، وفي تعدي هذا الحكم إلى الأصول نظر .

قوله أيضاً في الفروع المذكورة : ما يعتاده الناس من السلام عند القيام، ومفارقة القوم دعاء وليس بتحية فيستحب الجواب ولا يجب .انتهى .

وهذا الذي قاله المتولي سبقه إليه القاضي الحسين وقد إنكره الشاشي وقال : إنه فاسد؛ لأن السلام سنة عند الانصراف كما هو سنة عند القدوم، واستدل بالحديث الصحيح في سنن أبي داود والترمذي أن رسول الله ﷺ قال : «إذا انتهى أحدكم إلى المجلس فليسلم، فإذا أراد أن يقوم فليسلم فليست الأولى بأحق من الآخرة »(١) .

قال النووي في كتاب الجمعة من «شرح المهذب» : إن الصواب ما قاله الشاشي .

قوله نقلاً عن بعضهم : ومن سلم على من يقضي حاجته هل يستحق

---

(١) أخرجه أبو داود (٥٢٠٨) والترمذى (٢٧٠٦) وأحمد (٧١٤٢) والبخارى فى «الأدب المفرد» (١٠٠٧) وابن حبان (٤٩٣) وأبو يعلى (٦٥٦٦) والطبرانى فى «الصغير» (٣٧١) والنسائى فى «الكبرى» (١٠٢٠١) والبيهقي فى «الشعب» (٨٨٤٦) وأبو الشيخ فى «طبقات المحدثين» (٤/١٠٩) والخطيب فى «التاريخ» (١٤/ ٦٠) وتمام فى «الفوائد» (٧٨٢) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه.
قال الترمذى : حسن .
وقال الألبانى : حسن صحيح .

الجواب بعد الفراغ ؟ فيه جوابان . انتهى .

ولم يحك في «الروضة» هذا الخلاف بل جزم بعدم الوجوب .

قوله : وذكر في القديم أن المصلي إذا سلـم عليه يرد بالإشارة وفي لزومه وجه، وفي لزومه بعد الفراغ وجهان .

انتهى لفظ الرافعي بحروفه .

وتعبـيره في حكـاية المنقول عن القـديم ظاهر في استـحبـاب الإشارة، ويؤيده أن جوازها مـشهور مـقرر ليس بمستنكر لا في قـديم ولا في جديد، وقد عبر في «الروضة» بقوله : ويـجوز أن يجيب. . .إلى آخره، وهو سهو بلا شك في الاختصار وقد ذكـر بعد ذلك من «زوائده» : أنه مستحب وأنه قد تقدم ذكره، وهو وهم آخر .

واعلم أنه ليس المراد من نقله عن الـقديم كون الجـديد على خلافـه بل المراد أنه لم ينص عليه إلا في القديم .

وهل يعمل بمثل هذا أم لا ؟ فيه كلام سوف أذكره إن شاء الله تعالى في كتاب القضاء .

قوله نقلاً عن المتـولي : وإن التحية بالطليقـة أي : أطال الله تعالى بقاءك وحنى الظهـر وتقـبيل اليـد لا أصل له، لكن لا يمنع الذمي مـن تعظيم المسلم بها، ولا يكره تقبيل اليـد لزهد وعلم وكبر سن، ويكره للداخل أن يطمع في قيام القوم . (١) انتهى .

وما نقله عن «التتمة» وما دل عليه كلام المتولي من جواز الانحناء مردود

---

(١) أخرجه التـرمذى (٢٧٢٨) وابن ماجة (٣٧٠٢) وأحـمد (١٣٠٦٧) وأبو يعلى (٤٢٨٧) وأبو يعلى (١٢٨٩) والبيهقى فى «الكبرى» (١٣٣٥١) والطحاوى فى «شـرح المعانى» (٦٣٩٨) وعبد بن حميد (١٢١٧) وابن عدى فى «الكامل» (٢/ ٤٢٢) من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه .

قال الترمذى : حسن .

وقال الألبانى : حسن .

مخالف للحديث الصحيح وللمعروف في المذهب؛ أما الحديث : فروى أنس أن رجلاً قال يارسول الله : الرجل منا يلقي أخاه أو صديقه أينحني له؟ قال : «لا» .

قال : أفيلزمه ويقبله ؟ قال : «لا» .

قال : فيأخذ بيده وبصافحه ؟ قال : «نعم» رواه الترمذي وقال : حديث حسن وأما كلام أئمة المذهب فقد قال البغوي في كتاب الصلاة من «التهذيب» في كلام مع أحمد في وجوب الذكر، في الركوع والسجود ما نصه: وكذلك لا يجوز أن يحني ظهره لمخلوق فلا يحتاج إلى ذكر لأنه متميز بخلاف القيام والعقود في التشهد لأنه يكون عبادة وعادة فاشترط فيه الذكر لتمتاز العبادة عن العادة .

وذكر نصر المقدسي في الموضع المذكور من كتابه التهذيب مثله أيضاً ولخصه الرافعي في أوائل سجود السهو فقال نقلاً عن الأصحاب ما نصه : فقالوا الركوع والسجود لا تشترك فيهما العادة والعبادة بل هما محض عبادة فلا حاجة إلى ذكر مميز بخلاف القيام والعقود . انتهى .

وجدم أيضاً بالتحريم الإمام أبو عبد الله محمد بن الفضل الفزاري كما نقله عنه ابن الصلاح في «فوائد رحلته» وكان المذكور عالماً مشهوراً متبحراً في عدة علوم اشتغل على إمام الحرمين ومات سنة أربعين وخمسمائه وله تسعون سنة بالتاء في أولها كما أوضحته في «الطبقات» ،وقد تكلمت على فزارة في أثناء الجنايات، وقد أرسل النووي النقل المذكور ولم يسنده إلى «التتمة» ، ثم ذكر أيضاً من زوائده نحوه مع أمور أخرى ينبغي معرفتها فقال أما أطال الله بقاءك : فقد جماعة من السلف على كراهته وأما حنى الظهر فمكروه للحديث الصحيح في النهي عنه ، وأما القيام فالذي نختاره أنه يستحب لمن له فضيله ظاهرة من علم أو صلاح أو ولاية أو قرابة مصحوبة بصيانه وتكون على جهة البر والإكرام لا للرياء والإعظام، وأما الداخل

فيحرم عليه أن يحب قيامهم له؛ ففي الحديث الحسن : «من أحب أن يتمثل له الناس قياماً فليتبوأ مقعده من النار »[(١)].

وأما قوله : لا يمنع الذمي من تعظيم المسلم بها ، فلا نوافق عليه .

وأما تقبيل اليد فيستحب إن كان لأمر ديني وإلا فمكروه كراهة شديدة، وقال المتولي : لا يجوز . انتهى كلامه .

وقال ابن أبي الدم في «أدب القضاء» : يستحب للشاهد أن يبجل قدر القاضي في الأداء فيقول أطال الله بقاء سيدنا الحاكم ويزيد من الدعاء له ما يقتضيه حاله وقدره .

---

(١) أخرجه أبو داود (٥٢٢٩) والترمذي (٢٧٥٥) وأحمد (١٦٨٩١) والبخاري في «الأدب المفرد» (٩٧٧) والطبراني في «الكبير» (١٩/ ٣٢٠) حديث (٧٢٤) وفي «الأوسط» (٤٢٠٨) وابن أبي شيبة (٥/ ٢٣٤) والبيهقي في «الشعب» (٨١٦٠) وعبد بن حميد (٤١٣) وابن الجعد (١٤٨٢) وهناد في «الزهد» (٨٣٧) وابن طهمان في «مشيخة ابن طهمان » (٩٥) من حديث معاوية رضي الله عنه .

قال الترمذي : حسن .

وقال الألباني : صحيح .

الباب الثاني : في كيفية الجهاد
وفيه أطراف

الأول : اعلم أن الرافعي قد ذكر هاهنا ألفاظاً منها : البيات : وهى الإغارة على العدو ليلاً، وقد تقدم غير مرة؛ قال تعالى: ﴿بَيَاتًا أَوْ هُمْ قَائِلُونَ﴾ (١) .

ومنها : يهود بنى قينقاع : هو بضم النون .

ومنها : الغناء في القتال : هو بغين معجمة مفتوحة وبهمزة ممدودة هو النفع .

ومنها : (٢) واحد من عرض الناس : بغين مضمومة وراء ساكنة وضاد معجمة أي : واحد من عامتهم ، وقد تقدم غير مرة .

ومنها العسيف : بمعنى الأجير هو بغين مهملة مفتوحة وسين مهملة مكسورة بعدها ياء بنقطتين من تحت ثم فاء .

ومنها الأخرق : بخاء معجمة وراء مهملة وبالقاف هو قليل المعرفة، وقد تقدم في استيفاء القصاص .

قوله : ويجوز الاستعانة بالكفار بشرط أن يعرف الإمام حسن رأيهم في المسلمين ويأمن خيانتهم، وشرط الإمام والبغوي وآخرون شرطاً ثالثاً وهو أن يكثر المسلمون بحيث لو جاز المستعان بهم وانضموا إلى الذين نغزوهم لأمكننا مقاومتهم جميعاً ،وفي كتب العراقيين وجماعة : أنه يشترط أن

---

(١) سورة الأعراف (٤) .

(٢) سقط من أ .

يكون في المسلمين قلة وتمس الحاجة إلى الاستعانة .

وهذان الشرطان كالمتنافيين ،لأنهم إذا قلوا حتى احتاجوا لمقاومة فرقة إلى الاستعانة بالأخرى فكيف يقاومونها . انتهى .

قال في «الروضة» : لا منافاة فالمراد أن يكون المستعان بهم فرقة لا يكثر العدو بهم كثرة ظاهرة وشرط الماوردي أن يخالفوا معتقد العدو كاليهود مع النصارى .

قوله : وظاهر ما نقله القفال عن الشافعي يقتضي جواز إحضار الذرية مطلقاً إلا أن من لا يميز يجب أن لا يجوز إحضاره . انتهى .

وهذا الكلام قد أسقطه من «الروضة» ويؤخذ منه جواز إخراج من ميز ولم يراهق إذا كان فيه نفع ، وفيه إشكال مع ما قالوه في المنع من إركاب ماله في البحر الملح وإن كان الغالب السلامة .

قوله الثالثة : في جواز قتل الرهبان والعسفاء وهم الأجراء والحارفون المشغولون بحرفهم ومن لا قتال فيه قولان : أصحهما : نعم .

ثم قال : وفي السوقة طريقان ؛ قيل على القولين ؛لأنهم لايمارسون القتال، وقيل : يقتلون قطعا لقدرتهم واستقلالهم . انتهى ملخصاً .

صحح النووي في أصل «الروضة» طريقة القطع بالقتل .

والعسفاء : جمع عسيف مثل كريم وكرماء، وهو بغين وسين مهملتين كما تقدم قريباً .

والمراد بالحارف المحترف كالخياط ونحوه يقال : فلان يحرف لعياله على وزن يضرب أي يكسب .

والسوقة : بضم السين وسكون الواو من ليس يملك يستوي فيه الواحد

والجمع إلا أن الرافعي قد استعمله هاهنا على ما عدا المحترف والأجير .

قوله في المسألة : فإن قلنا : يجوز قتلهم ، فيجوز استرقاقهم وسبي نسائهم وذراريهم واغتنام أموالهم ، وإن قلنا لا يجوز فيرقون بنفس الأسر، وفي قول يتخير الإمام بين رقه والمن عليه والفداء كالأسير إذا أسلم ،وفي قول : لا يتعرض لهم بالكلية .

ثم قال ما نصه : وفي جواز سبي نسائهم وذراريهم وجوه أيضاً ؛ ففي وجه يجوز كإرقاقهم ،وفي وجه : لا يتعرض لهم ، وفي الثالث : يجوز سبي نسائهم ولا يجوز سبي ذراريهم ؛ لأنهم أبعاضهم .

انتهى كلامه .

ذكر مثله في «شرح الصغير» أيضاً وهو عجيب ؛ لأن التعليل الأول مناقض لتعليل الثالث؛ فإن تعبيره في الأول بقوله : كإرقاقهم، يقتضي أن هذه الأوجه على القول بجواز إرقاق الرجال المذكورين ، وتعبيره في الثالث بقوله :لأنهم أبعاضهم ، يقتضي أنها مفرعة على منع إرقاقهم، وذلك مباينة ظاهرة والفساد جاء من تعليل الأول فإن الأوجه مفرعة على منع إرقاقهم وهو القول الثالث الضعيف المذكور قبل هذا الكلام من غير فصل وهو المعبر عنه بقوله وفي قول : لا يتعرض لهم بالكلية . كذلك صرح به الإمام والغزالي في «البسيط» و«الوسيط» ، ولنذكر عبارة البسيط فإنها أبسط فقال: والثالث : يمتنع إرقاقهم كما يمتنع قتلهم .

وهذا فاسد فإنه يشير إلى نوع حرمة .

ثم قال : التفريع إن قلنا بامتناع الإرقاق ففي نسائهم وذراريهم ثلاثة أوجه . فذكر الأوجه ثم قال : وكل ذلك تفريع على ضعيف .

هذا كلام «البسيط»، وكلام «الوجيز» لا ينافي ذلك .

ثم إن الرافعي شرحه بما سبق ولو حذف التعليل الأول وعبر عقب الثالث بقوله : فعلى هذا ففي جواز سبي نسائهم وذراريهم . . إلى آخره لاستقام، وقد اشتبه هذا كلام [المظلم] على النووي فجعلها مسألة مستقلة غير مفرعة على شيء وصحح فيها الجواز من عنده وحذف منها التعليل الأول وهو القياس على إرقاقهم ولا يعلم من كلامه ما هو المفرع عليه إلا أنه معذور .

قوله : وهذا الذي ذكرناه من تحريم الهزيمة إلا لمتحرف أو متحيز هو في حالة القدرة، فأما من عجز لمرض أو لم يبق معه سلاح فله الانصراف .

ثم قال : فإن أمكنه الرمي بالحجارة فهل يقوم مقام السلاح ؟ ذكر فيه وجهين . انتهى .

هذه المسألة قد سبق ذكرها في الباب الأول وضعف الرافعي الوجه الذاهب إلى اللزوم وتبعه عليه في «الروضة» وسبق ذكر لفظه هناك وصحح النووي هنا من «زوائده» أنه يقوم مقامه ذهولاً كما سبق هناك فوقع في الاختلاف .

قوله : وإذا لم يزيد عدد الكفار على ضعف عدد المسلمين بأن كانوا مثلي المسلمين أو أقل حرمت الهزيمة، وهل يجوز أن يفر مائة من الأبطال من مائتين وواحد من ضعفاء الكفار ؟ فيه وجهان : أصحهما على ما ذكر صاحب الكتاب المنع ؛ لأنهم يقاومونهم لو ثبتوا . انتهى كلامه .

والأصح ما صححه الغزالي .كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في «أصل الروضة» .

قوله : ويجري الوجهان في عكسه ؛ وهو فرار مائة من ضعفائنا عن مائة وتسعة وتسعين من أبطالهم، فإن اعتبرنا العدد لم يجز، وإن اعتبرنا المعنى جاز . انتهى كلامه .

والتمثيل بهذا العدد مع التكليف فيه بالتنصيص على المائة والآحاد والعشرات مع إمكان التعبير بالمائتين تبعه عليه في «الروضة» أيضاً، وهو ذهول ؛ فإن المائتين في الحكم كذلك لأن الفرار لا يجوز من الضعيف، والغزالي رحمه الله قد وقع في هذا الموضع فقال في «الوسيط» : وكذا الخلاف في فرار عشرين من ضعفاء المسلمين عن تسعة وثلاثين من أبطال الكفار، وعبر في «البسيط» بقوله : وكذلك لو كان عدد الكفار ناقصاً عن الضعف لكنهم أبطال . هذا لفظه .

وكأن الغزالي توهم أن الضعف هنا كالزائد فعبر بما ذكر ثم قلده فيه الرافعي فحصل ما حصل ، وقد ذكره الإمام في «النهاية» على الصواب فقال : وهل للمسلمين الفرار إذا قاتلهم أبطال الكفار وغلب على الظن غلبتهم ولم يزيدوا على الضعف فعلى الخلاف المتقدم . هذا كلامه .

قوله : وإذا جاز الفرار نظر إن غلب على ظنهم أنهم إن ثبتوا ظفروا استحب الثبات وإن غلب على ظنهم الهلاك ففي وجوب الفرار وجهان .

وقال الإمام : إن كان في الثبات الهلاك المحض من غير نكاية وجب الفرار ،وإن كان فيه نكاية فوجهان . انتهى .

قال في «الروضة» : الذي قاله الإمام هو الحق .

قال : وأصح الوجهين أنه لا يجب بل يستحب .

قوله : والنص فيما إذا تحرف للقتال ثم انقطع عن القوم قبل أن يغنموا أنه لا يشاركهم .

وهل يشارك المتحيز إلى الفئة القريبة الغانمين في المغنوم بعد ما ولى؟ ذكر صاحب «الكتاب» فيه وجهين أشبههما الاستحقاق ؛ لأنه لا تفوت نصرته والاستنجاد به فهو كالسرية تشارك الإسلام فيما يغنمون إذا كانت بالقرب منهم .

وإذا عرفت ذلك ونظرت في قول صاحب «الكتاب» في قسم الفئ والغنائم لمن غاب في آخر القتال إن كان بانهزام سقط حقه إلا إذا قصد التحيز إلى فئة أخرى عرفت أن هذه اللفظة إنما تجري على ظاهرها إذا جعلنا التحيز إلى الفئة القريبة كالتحيز إلى الفئة البعيدة، فإن فرقنا بينهما حملنا اللفظ على الفئة البعيدة وأن حق المتحيز إنما لا يسقط عن المغنوم قبل مفارقته وأما المغنوم بعده فلا حق له فيه وإنما يسقط الانهزام الحق إذا اتفق قبل القسمة، أما إذا اغتنموا شيئاً واقتسموه ثم انهزم بعضهم لم يسترد منه ما أخذ . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره الرافعي على كلام الغزالي غلط فتأمله .

قوله : فروع : لقي مسلم مشركين فإن طلباه فله أن يولي عنهما لأنه غير متأهب للقتال، وإن طلبهما ولم يطلباه فوجهان : أحدهما : أنه لا يولي عنهما لأن طلبهما والحمل [عليهما] (١) مشروع في الجهاد فلا يجوز الإعراض عنه.

وأظهرهما على ما ذكر في البحر أنه يجوز . انتهى .

صحح النووي في «أصل الروضة» ما صححه صاحب «البحر» .

---

(١) سقط من أ .

قال: الطرف الثاني في سبي الكفار واسترقاقهم

اعلم أن الرافعي قد ذكر في الفصل ألفاظاً منها الخول: بفتح الخاء المعجمة وفتح الواو أيضاً تقدم إيضاحه في نفقة الأرقاء.

منها: القتل صبرا: هذا أحد أنواع القتل، وهي أربعة، سبق إيضاحها في الجنايات قبيل الكلام على القصاص في الأطراف.

ومنها: أنه علية الصلاة والسلام من على ثمامة بن أثال الحنفي، وكذلك علي أبي عزة الجهني على أن لا يقاتله؛ أما الأول فقد تقدم الكلام عليه واضحاً قبيل باب سجود السهو، وأما عزة: فإنه بغين مهملة مفتوحة بعدها زاي معجمة مشددة.

ومنها: ثعلبة وأسيد ابنا سعية القرظي أما أسيد: فإنه بهمزة مفتوحة وسين مكسورة، وقيل: بضم الهمزة وفتح السين، وقيل: بفتح الهمزة والسين من غير ياء.

وأما سعيه: فإنه بسين مفتوحة وعين ساكنة مهملتين بعدهما ياء مثناة من تحت.

قوله: وهل يسترق بعض الشخص؟ فيه وجهان: أقيسهما عند الإمام وغيره الجواز، وهما مبنيان على القولين في أن أحد الشريكين إذا أولد الجارية المشتركة هل يكون الولد كله حراً أو يكون بقدر نصيب الشريك رقيقاً. انتهى.

فيه أمران: **أحدهما**: أن ما جزم بهْ من حكاية الخلاف في الشريك قولين قد جزم به الرافعي في الجنايات في الكلام على دية الجنين وخالفه في

آخر كتاب الكتابة فجزم بأنه وجهان وسوف أذكر لفظه إن شاء الله تعالى في موضعه .

الأمر الثاني : أن ظاهر كلامه في استيلاد الجارية المشتركة أن الراجح فيها تبعيض الحرية أيضاً [في الولد . وقد جزم به في باب : ما يحرم من النكاح. وصرح أعني الرافعي بتصحيحه في] (١) الكلام على دية الجنين وهو مقتضى كلامه أيضاً في آخر باب الكتابة؛ ولهذا أطلق في «الروضة» تصحيحه هناك وخالف في آخر هذا الباب أي : باب السير في الكلام على ملك الغانمين فذكر ما حاصله أنه لا يتبعض بل يكون الجميع حرًّا وصرح بتصحيحه في أصل «الروضة» هناك .

قوله : إحداها :إذا أسلم الكافر قبل الأسر فهل يجوز استرقاق زوجته؟ فيه وجهان : الظاهر الجواز .

ثم قال : ويجري الخلاف فيما إذا نكح المسلم حرة في دار الحرب هل يجوز استرقاقها . انتهى كلامه .

ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً ومقتضاه تصحيح الجواز في الثانية أيضا لكنه صحح في «المحرر» المنع فقال : والأظهر أنه لا يجوز استرقاق معتق المسلم ولا زوجته الحربية .

هذا لفظه. مع أنه صحح جواز الاسترقاق في الكافر إذا أسلم وتبعه النووي في «الروضة» و«المنهاج» على هذا الاختلاف .

قوله : وهل يجوز سبي عتيق الذمي ؟ فيه وجهان ؛ قال الروياني : ظاهر المذهب أنه يجوز . انتهى

والراجح الجواز . كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في أصل «الروضة» .

---

(١)سقط من أ .

قوله : قال في «التهذيب» ولو أعتق الذمي عبداً ثم نقض السيد العهد والتحق بدار الحرب فاسترق فالمذهب أن ولاءه على عتيقه لا يبطل حتى لو عتق كان ولاؤه عليه باقياً . انتهى كلامه .

والصحيح ما ذكره البغوي . كذا صححه النووي في أصل «الروضة» .

قوله : نعم لو سبي صاحب الدين من عليه الدين فسقوطه على الوجهين فيما إذا كان له دين على غيره فملكه . انتهى .

اعلم أنه إذا دخل واحد أو شرذمة دار الحرب وأخذوا شيئاً اختلاساً أو سرقة فالصحيح على ما سيأتي قريباً أنه يكون غنيمة مخمسة وعلى هذا فلا يملك السابي من هذا العبد إلا أربعة أخماسة ؛ وحينئذ فلا يسقط الدين، وإنما يجري الخلاف إذا فرعنا على الوجه الآخر وهو القائل بأنه لا يخمس بل يكون الجميع للأخذ فتفطن له .

والترجيح في سقوط الدين عند ملك المديون مختلف تقدم إيضاحه في الباب الثالث من أبواب الرهن .

قال : الطرف الثالث : في إتلاف أموالهم

قوله إن ابن شعوب قتل حنظلة بن الراهب ـ رضي الله عنه ـ يوم أحد.

اعلم أن شعوب : بفتح الشين المعجمة وضم العين المهملة وبالباء الموحدة .

قال الواقدي : هو الأسود بن شعوب الليثي .

وقال ابن سعد : هو شداد بن أوس بن شعوب .

وقال غيرهما : هو شداد بن الأسود المعروف بابن شعوب ، ذكره النووي في «تهذيب الأسماء» .

والراهب بالراء المهملة .

قوله : وما يحرم الانتفاع به ككتب الشرك تغسل إن أمكن وإلا فتمزق.

قال الإمام : وقد يخطر للفطن أن كتب الشرك ينتفع بها على معنى أن الحاجة تمس إلى الاطلاع على مذاهب المعطلين ليتوجه الرد عليها، فإن كانت تلك المقالات مشهورة فالرأي أبطالها، وإن كان فيها ما لم يتقدم الاطلاع عليه ففي جواز استصحابه تردد واحتمال بين . انتهى .

وهذا التردد الذي نقله الرافعي عن الإمام قد ذكره أيضاً في «الوجيز» وأسقطه النووي من «الروضة» .

قوله : الثانية : إذا دخلنا دارهم قتلنا الخنازير . انتهى .

لم يبين هل قتلها واجب أم لا ؟، وحكمه كما قاله في البيع من «شرح المهذب» أنه إن كان يعدو على الناس وجب وإلا فوجهان ؛ ظاهر نص الشافعي أنه لا يجب بل يتخير فيه .

قال : وأما اقتناؤه فلا يجوز بحال .

قوله : وإن وقع كلب ينتفع به للاصطياد أو للماشية أو للزرع فحكى الإمام عن العراقيين أن الإمام له أن يسلمه إلى واحد من المسلمين ممن يحتاج إليه ولا يحسب عليه ، واعترض بأن الكلب منتفع به فليكن حق اليد فيه لجميعهم كما لو مات وله ورثه والموجود في كتب العراقيين أنه إن أراده بعض الغانمين أو بعض أهل الخمس ولم ينازع سلم إليه فإن نوزع فيه فإن أمكنت القسمة عدداً قسمت وإلا أقرع بينهم ، وهذا هو الظاهر ، وقد سبق في الوصية أنه تعتبر قيمتها عند من يرى لها قيمة وتعتبر منافعها فيمكن أن يقال به هاهنا . انتهى .

فيه أمران . تابعه عليهما في «الروضة» .

أحدهما : أن نقله عن الإمام إعطاؤه لواحد من المسلمين غلط، بل غير واحد من الغانمين كذا ذكره في آخر كتاب السير وهو قبيل الجزية بقليل وكلام العراقيين يوافقه كما سيأتي ،وهو الصواب .

الثاني : أن إنكار الرافعي ما نقله الإمام عن العراقيين غريب جداً فإنه موجود في كتبهم مشهور ؛ فقد جزم به البندينجي في «تعليقه» في كتاب السير في باب جامع الغنائم فقال ما نصه : وإن كانت كلاباً لم تقسم في الغنيمة ولكن إن كان في الغانمين من يحل له اقتناؤها لماشية أو صيد أو حرب سلمت إليه، لم يكن أعطيت لمن يحل له من أهل الخمس، فإن تعذر خلاها أو قتلها . انتهى .

وذكر الشيخ في «المهذب» نحوه فقال : دفع إلى من ينتفع بها من الغانمين أو من أهل الخمس . هذا كلامه .

وعبر الشاشي في «المعتمد» بمثل هذه العبارة، وكذلك سليم الرازي في «المجرد»، وابن الصباغ في «الشامل» في السير أيضاً فإنه قال : إنها لا تكون

غنيمة . . . ثم ذكر ما نقلناه عن البندنيجي .

نعم ذكر بعد ذلك أن أصحابنا لم يذكروا الحكم عند تنازع الغانمين وينبغي أن يقسم عدداً إن أمكن ذلك وإلا فيقرع . انتهى.

فكأنه أراد بكونهم لم يذكروه أنهم لم يصرحوا به وإلا فكلامهم شامل له بل تعبيره في أول كلامه بقوله أنه لا يكون غنيمة كالصريح فيه، ولا شك أن الرافعي لم يقف هاهنا إلا على كلام «الشامل» فقلده فيما أوهمته عبارته، ونقل في «الكفاية» عن «الحاوى» للماوردي ما يوافق ما نقلناه عن بقية العراقيين .

قال : ونص عليه الشافعي .

فثبت أن المذهب المعروف المنصوص عليه للشافعي خلاف ما رجحه الرافعي وتبعه عليه في «الروضة» تقليداً له، والفرق بين هذا وبين الميراث كما قاله ابن الرفعة أن سبب الإرث أقوى لأنه يجلب الملك مع عدم الرضا به؛ فجاز أن ينقل الاختصاصات بخلاف سبب ملك الغانمين .

نعم ما نقله الرافعي عن العراقيين من القسمة قد ذكره منهم أبو نصر البندنيجي في المعتمد وابن عصرون في «الانتصار» ، وقال ابن الرفعة : إن الموجود في كتب العراقيين أن الإمام يعطيه لمن شاء كما نقله عنهم الإمام .

قال : ولم أجد ما نقله الرافعي عن العراقيين موجوداً فيما وقفت عليه من كتبهم إلا احتمالاً لابن الصباغ ، وما ذكره في «الكفاية» مردوداً بما سبق قريباً .

قال : الطرف الرابع : في الاغتنام

ذكر الرافعي في الفصل ألفاظاً منها : القرطي بقاف مضمومة ثم راء

ساكنة ثم طاء مهملة مفتوحة وقد تضم، وهو اسم للبقاء وهو الثوب المعروف الملبوس للأجياد، وهو فارس معرب كما قاله ابن الأثير .

ومنها : التوقيح : بالقاف والحاء المهملة يقال : وقح حافر دابته - بالتشديد - إذا صلبه وقواه بالشحم المذاب، نقول : حافر وقاح - بالتخفيف - أي : صلب ، والجمع وقح ؛ مثال : فداك وفدك، وقح بالضم يوقح على وزن يخرج وقاحة بالفتح وقوحه ووقحاً بالضم، وقحة بالكسر وقحة أيضاً أي بالفتح .

ومنها : الرغبة : بالغين المعجمة .

والزهدة : بالزاي المعجمة .

و[**التناهد:**] (١) بالتاء بنقطتين من فوق وبالنون تقدم إيضاحها في مواضع منها الشركة وأواخر تعليق الطلاق .

ومنها : أن عمر قال بعد فتحه لسواد العراق : لولا أني أخشى أن يبقى آخر الناس ببيان لا شيء لهم لتركتكم وما قسم لكم .

قيل : إن معناه شيئاً واحداً ،وقيل : متساوين في الفقر . انتهى .

وببيان : بثلاث باءات موحدات الثانية منهن ساكنة وفي آخره نون ؛ كذا ضبطه الجوهري وذكر فيه قول عمر وقال : إنه يريد التسوية في القسم .

ومنها أن غربي دجلة البصرة موضع يقال له : نهر الصراة، هو بصاد وراء مهملتان، كأنه مأخوذ من الصرا بفتح الصاد وكسرها وبالألف المقصورة في آخره وهو الماء إذا طال مكثه وتغير .

ومنها : [عثمان] (٢) بن حنيف قاسم أرض السواد، هو - أعني حنيف -

---

(١) سقط من أ .

(٢) في الأصول :عمرو، والمثبت من كتب التراجم .

بضم الحاء تصغير «حنيف» بمعنى المائل .

قوله في الروضة : إذا دخل واحد أو شرذمة دار الحرب مستخفون وأخذوا مالاً على صورة السرقة فوجهان : أحدهما ـ وبه قطع الغزالي وادعى الإمام أنه المذهب المعروف ـ : أنه ملك من أخذه .

والأصح الموافق من كلام الجمهور أنه غنيمة مخمسة .

ولو أخذه على جهة السوم ثم جحده أو هرب فهو قريب من السرقة .

ثم قال : والمأخوذ على صورة الاختلاس كالمأخوذ على جهة السرقة .

وقال صاحب «الحاوي» هو غنيمة وعن أبي إسحاق أنه فيء . انتهى كلامه .

فيه أمور : **أحدها** : أن ما ادعاه من قطع الغزالي به ليس كذلك ؛ فقد حكى الخلاف في «البسيط» فقال : وفيه وجه أنه يخمس . هذا لفظه .

نعم لم يحك هذا الخلاف في الوسيط ولا في «الوجيز» لأنهما مختصران بالنسبة إلى «البسيط» .

وقد عبر الرافعي هنا بعبارة صحيحة فقال : وهو الذي أورده في «الكتاب» ـ يعني «الوجيز» ـ فعدل في «الروضة» إلى ما ذكره فوقع في الغلط .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في «الروضة» هنا من تخميس المأخوذ على جهة الاختلاس والسرقة ونحوهما قد ذكر في أواخر زكاة المعدن ما يخالفه، وقد سبق «التنبية» عليه وأنه مخالف لكلام الرافعي فراجعه .

نعم ذكر الرافعي قبيل هذا في الكلام على السبي مسألة تخالف المذكور هنا وقد تقدم «التنبية» عليها .

الأمـر الثـالث : أن تعبـير النووي بقوله وقال صـاحب «الحاوى» : إنه غنيمة ، بعـد تصريحه بأنه كالسرقة يوهم أن المسـروق لا يكون غنيمة أو أن الماوردي قـائل بالخلاف في المسروق ومـانع لإلحاق المخـتلس به قـاطع بأنه غنيمـة، وليس الأمران كذلك بل ذكـر الرافعي هذه المسألة، وكـلام الحاوي فيهـا لأجل إبراز المنقول وكثرة الصور التي ترد على مـا ادعاه الإمام من أنه المشهور فافهمه ،

قوله نقـلاً عن الإمام إذ لا يجـوز التغرير بالمهـج في اكتسـاب الأموال . انتهى .

وهذه المسألة قد أسقطها النووي من «الروضـة» وهي مسألة مهمة، لكن قد ذكـر الأصحاب في كـتاب الحـجر أن الولي ليس له أن يسـافر بالمال في البـحر ـ يعني الملح ـ وعـللوه بأنه تغرير وذكـروا في عـامل القراض نحـوه فقـالوا : ليس له السـفر فـيه عند إطلاق الإذن وذلك ظاهر أو صـريح في جواز ركوبه مع التغرير .

قوله : وبجـوز للغانمين قـبل القسـمة إذا كانوا في دار الحـرب أن يتناولوا القوت وإدامه من لحم وفاكهة وكل طعام يعتاد أكله على العموم .

ثم قال : ولو لحق الجند مدد بعـد انقضاء القتال ،فإن كـان بعد حيازة المال فهل لهم التبسط في أطعمتها ؟

فيه وجهان : أصحهما المنع لأنه معهم كغير الضيف مع الضيف، وإن كان قبله فكذلك أيضاً على الأصح . انتهى .

وقد ذكـر في «المحرر» ما يقـتضي الجواز في المسـألة الثانية فـإنه قال : والأصح أنه يجوز لمن لحق بعـد انقضاء القتـال وحيازة الغنيمة الـتبسط. هذا لفظه .

وذكر في «الشرح الصغير» نحوه أيضاً؛ فتقييده المنع بما إذا لحق بعد الحيازة دليل على الجواز قبلها، ووقع الموضعان كذلك في «الروضة» و«المنهاج» .

قوله : ومنها لو باع الغانم ما أخذه لغانم آخر فهذا إبدال مباح وهو كإبدال الضيفان لقمة بلقمة وكل منهما أولى بما يتناوله من يد الآخر .

ولو تبايعا صاعاً بصاعين لم يكن ربا قال الإمام : من جعل الفرض اعتباراً يلزمه أن يجعل للبيع اعتباراً حتى يجب على الآخذ تسليم الصاع إلى بائعه وإن تبايعا صاعاً بصاعين، فإن سلم بائع الصاع الصاع لم يملك إلا طلب صاع تشبها بالفرض وإن سلم الآخر الصاعين لم يطلب إلا صاعاً ويحمل الزائد على البدل والإيثار . انتهى كلامه .

وقد حذف النووي مقاله الإمام جميعها وحكمهم بالإباحة في هذا الفعل كيف يستقيم مع فساده إذ لا يتصور فيه انتقال الملك كما صرحوا به، وقد جزموا في أول الربا وغيره بأن تعاطي العقود الفاسدة حرام، وصرح به صاحب «التنبيه» في النكاح حيث قال : ويحرم عليه نكاح جاريته، ورأيت حاشية بخط ابن الرفعة ذكر فيها أنه سمع من شيخنا قاضي القضاة جمال الدين الوجيزي أن في تحريمها خلافاً .

قوله : وفي صحة إعراض ذوي القربى عن سهمهم وجهان : أحدهما: يصح كما يصح إعراض الغانمين ،وأظهرهما ـ على ما ذكره الإمام ـ المنع . انتهى كلامه .

والصحيح ما رجحه الإمام ؛ فقد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وكذلك النووي في أصل «الروضة» .

قوله : ولو أعرض محجور عليه بسفه قال الإمام : ففي صحة إعراضه تردد ولعل الظاهر المنع . انتهى .

كيف يستقيم رجحان المنع مع جزمه في المفلس بالجواز وأن اعتراضه يمحض جهاده للثواب وهو نظيره، وقد تقدم في القصاص أن حكم السفيه حكم المفلس في جواز العفو على غير مال ومسألتنا أولى لأن سهم الغنيمة وقع تبعاً لما تعين عليه أو ينزع بابتدائه؛ فإذن الراجح الجواز على خلاف ما نقله عن الإمام وأقره .

قوله : فإذا أبرز الإمام الخمس وأبرز نصيب كل واحد من الغانمين أو أفرز لكل طائفة شيئا معلوماً فلا يملكونه قبل اختيار التملك في الأصح . قاله البغوي . انتهى .

ذكر أيضاً قبل ذلك أنه ينبغي أن يكون الحكم كما قاله البغوي وتابعه على ذلك في «الروضة» ولكن نص الشافعي وجماعة على أنهم يملكون أيضاً بإقرار الإمام مع قبضه لهم ،وكذا بدون القبض مع حضورهم ،ونقله عنهم في كتاب الزكاة من «الكفاية» .

قوله : وإذا استولد بعض الغانمين جارية من المغنم وهو موسر ففي ثبوت الاستيلاء في نصيبه قولان أو وجهان يحكي المنع عن ابن أبي هريرة وهو الذي يوجد في كتب العراقيين وكثير من الأصحاب .

وإذا قيل به فلو ملك الجارية بالوقوع في سهمه أو ملكها بسبب آخر يوماً ففي نفوذ الاستيلاد حينئذ قولان مطردان في نظائره ، والظاهر المنصوص أنه ينفذ وهو الذي رجحه الإمام ولم يورد في «التهذيب» غيره .

وعن «الحاوى» : أنهم إن كانوا محصورين ولم يغنموا غير تلك الجارية فيقطع بنفوذ الاستيلاد في حصته منها بخلاف ما إذا كان في الغنيمة غيرها فإنه يحتمل أن يجعل الإمام الجارية لغيره . انتهى كلامه .

وقد ذكر الرافعي هنا مسألتين : إحداهما : أنه هل ينفذ الاستيلاد في

الحال أم لا ؟

والثانية : إذا لم ينفذه فملك الجارية بعد ذلك فهل ينفذ أيضاً أم لا ؟

فإما الثانية : فحكى فيها قولين فقط من غير تصحيح هنا والصحيح في نظائرها عدم النفوذ كما هو المعروف في كتاب أمهات الأولاد .

وأما الأولى فـحكى فيـها ثلاثة أوجـه وصحح النفـوذ ونقله عن النص بقوله : والظاهر المنصوص أنه ينفذ راجع إلى أصل المسألة ،والحاصل أنه لما حكى أحـد الأوجه في أصل المـسألة وهو أنه لا ينفـذ في الحـال فرع عليـه مسألة أخـرى فحكى فيها قولين ثم عـاد إلى حكاية باقى الأوجه ،وإنما قلنا ذلك لأن النقـول التي صـرح بها إنما هى في المسـألة الأولى، أمـا نقله عن النص فمشـهور عند الأصحاب ذلك، وقد صـرح هو به أعنى الرافعي بعد هذا بنحو ورقتين فقال عند فراغه من هذه المسـألة ما نصه : وأما مسألة عتق القريب : فـإذا وقع في الأسر من يعتق على بعض الغـانمين ورق إما بنفس الأسر أو بإرقـاق الإمام فالنص أنه لا يعـتق قبل القسمـة واختيـار التمليك والنص فيـما إذا استولد بعض الغـانمين جارية من المغنم أنه يثبت الاسـتيلاد على ما مر .

هذا لفظ الرافعي بحروفه وهو تصريح بعود النص إلى الأولى وأما باقي النقول المذكورة عن الإمام وغيره فكذلك أيضاً .

إذا علمت ذلك فـقـد توهم النووي أن المنصـوص وما بعـده عـائد إلى المسألة الثانية فصرح به الروضة فقال : فإن كان موسراً ففي نفوذه في نصيبه طريقان : المذهب أنه لا ينفذ وبه قطع العـراقيون وكثير من غـيرهم؛ فعلى هذا إن ملك الجارية بالوقـوع في سهمـه أو بسبب آخر في وقت فـفي نفوذ الاستيلاد قولان يطردان في نظائره الأظهر النفوذ، وبه قطع البغوي وصاحب

«الحاوى» . . إلى آخره . هذا لفظه .

فحصل الغلط بسبب ذلك من وجوه كثيرة منها أن الصحيح في المسألتين معاً عكس ما قاله ، ومنها نسبة ذلك إلى المذكورين.

قوله في المسألة : ومتى حكمنا بالاستيلاد في الحال أو بعد وقوعه في حصته لزمه القيمة ، وإن لم نحكم بالاستيلاد فما حكمها قيل الوضع إذا جعلنا القسمة تبعا ؟ قيل تسلم إليه بحصته وإن احتملها .

وقيل : تقوم عليه وبؤخذ منه قيمتها وتجعل في المغنم ، لأنه بالإحبال حال بين الغانمين وبينها تبعاً وقسمة، وقيل : تقسم للضرورة، وللإمام احتمال آخر أنا نتوقف إلى أن تلد ثم يلقيها في القسمة .

قال الأكثرون : وهذا الخلاف ينبني على أنا إذا لم ننفذ الاستيلاد في الحال هل ننفذه بعد ذلك فإن أثبتناه أوجبنا القيمة وإلا قسمت . انتهى .

فيه أمور : **أحدها** : أن تعبيره بقوله في أول المسألة : وإن لم نحكم بالاستيلاد قسم لقوله قبله : ومتى حكمنا بالاستيلاد في الحال أو بعد؛ وحينئذ فيكون مقتضى كونه قسيماً له أن يكون [المراد] (١) نفي الاستيلاد في الحال وفي باقي الحال، وليس كذلك بل الصواب أن يقيد كلامه فيقول : وإن لم نحكم بالاستيلاد في الحال فإن الخلاف مبني عليه كما صرح به في «المهذب» و«الشامل» و«البيان»، وقد أشار إليه أيضاً الرافعي في آخر كلامه بالبناء المنقول عن الأكثرين، وقد ضعف النووي البناء المذكور وأبقى الأول على عدم تقييده فورد عليه ما ذكرناه .

الأمر الثاني : أن البناء الذي ذكره الرافعي يؤخذ منه أن الصحيح إدخالها في القسمة لأن الصحيح عدم ثبوت الاستيلاد بعد ذلك كما سبق إيضاحه

---

(١) في ب : الخلاف .

على ما صححه النووي في أصل «الروضة» قبل ذلك فاعترضنا عليه فيه من ثبوته بعد ذلك تلزمه قيمتها ،وقد حذف النووي هذا البناء وأبقى خلافاً من غير ترجيح بالكلية .

الأمر الثـالث : أنه حذف أيضاً الاحتـمال الذي نقله الرافعي فورد على «الروضة» ثلاث اعتراضات .

قـوله أيضاً في المسـألة : والولد حر نـسيب لأنه مـالك لحصـته منهـا في الحال فأشبه غيره من الشركاء .

وهل تجب عليه قيمته ؟ فـيه خلاف مبني عندنا على أن الجارية هل تقوم عليه ؟

إن قلنا : نعم ، لم تلزمه لأنها في ملكه حين وضعت .

وإن قلنا : لا ، لزمته لأنه منع من رقها بوطئه وشبهه مشهور بالخلاف في وجوب قيمة الولد إذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة وهو موسر .

ثم منهم من بنى الخـلاف فيـهما علـى أن الملك يحصل للمـستولـد قبل العلوق أو ينتقل معه أو بعده ؟ ، وقد سبق ذلك في استيلاد الأب . انتهى .

فيـه أمور : **أحــدها** : أن تعبيره بقـوله مبني عندنا لا معنى له هنا ، وعبارة الشرح الصغير : مبني عند بعضهم فكأنه تحرف على النساخ أو سقط فكلموه بالاجتهاد .

الأمر الثاني : أن قوله : وإن قلنا : نعم، لم تلزمه قيمته لأنها في ملكه حين وضعت ، إنما يتمشى له إذا فرض التـقويم قبل الوضع، وأما إذا تأخر التقويم فالحكم كما إذا قلنا لا تقوم عليه، وقد صرح به صاحب «البيان».

الأمـر الثـالث : أن حاصل كلامه أنهم اختلفـوا في وجوب قيمة الولد

فمنهم من بناه على [الخلاف في أن الأم تقوم عليه أم لا ؟ ومنهم من بناه على[1] أنه مبني ينتقل ملكها إليه وهو كلام عجيب متهافت ،لأن الأول محله ما إذا فرعنا على أنه لا ينفذ الاستيلاد في الحال لا في كلها ولا في بعضها وهو خلاف النص .

والثاني محله ما إذا قلنا : يحصل في حصته وسرى في الحال ، وكأن الرافعي قد ارتسم في ذهنه ما نقله أولاً عن العراقيين وهم إنما قالوا ذلك بناء على أنه لا يحصل الاستيلاد عندهم في شيء فيها كما صرح هو به قبل ذلك، والخلاف في التقويم مبني على الخلاف في أنه لو ملكها يوماً من الدهر هل تصير أم ولد ؟

إن قلنا : نعم ، فتقوم عليه وإلا فلا .

قوله : فرع لابن الحداد : إذا دخل مسلم دار الحرب منفرداً وأسر أباه أو ابنه البالغ لم يعتق منه شيء في الحال لأنه لا يصير رقيقاً بنفس الأسر وإن اختار الإمام قتله أم المن عليه أو الفداء فذاك، وإن اختار تملكه نظر إن لم يختر الأسير التملك ولا يعتق أيضاً في ظاهر المذهب .

وإن اختار تملكه صار له أربعة أخماسة فيعتق عليه ويقوم عليه الباقي إن كان موسراً وهو الخمس المستحق لأهله .

ولو أسر أمه أو بنته البالغة رقت بنفس الأسر فلا حاجة إلى اختيار الإمام، وإذا اختار التملك كان الحكم على ما بينا، وألحق ابن الحداد أسر الابن الصغير بأسر الأم والبنت، وهو هفوة عند الأصحاب لأن الأب المسلم يتبعه ولده الصغير في الإسلام فلو يتصور منه سبي ولده. انتهى كلامه .

وما ذكروه من كون الذي قاله ابن الحداد هفوة عجيب؛ بل يتصور سبي

---

(١) سقط من أ .

ولده في صور ضابطها أن يكون الابن فيها رقيقاً لكافر كما إذا تزوج حربي بأمة لحربي فأتت بولد أو قهر حربي ابناً لحربي أو اشتراه منه ثم أسلم الأب في الأحوال كلها ، فإن الابن يصير مسلماً مع كونه ملكاً لحربى، وإذا سباه شخص ملك أربعة أخماسة، وهذه هي مسألة ابن الحداد بعينها وقد صرح به الرافعي قبل هذا بكراس وأوراق في أول الطرف الثاني المعقود للاسترقاق ناقلاً له عن ابن الحداد أيضاً فقال : واحتج له الشيخ أبو علي بأن عبد الحربي لو أسلم في دار الحرب ولم يخرج ولا قهر سيده لا يزول ملك الحربي عنه، وإذا سباه المسلم كان عبداً مسلماً ،لا يجوز المن عليه ويجوز استرقاقه ولولا أنه مال لجاز تخلية سبيله كالحر ولما جاز استرقاقه لأنه مال مسلم .

هذا ما ذكره ابن الحداد .

انتهى لفظ الرافعي بحروفه فانجلى بذلك واتضح ما قاله ابن الحداد فلله الحمد على تيسر ما خفي على مثل هؤلاء الفحول واشتبه خصوصاً [في][1] أمثال هذه المسالك القليلة الطرق .

قوله : وقد أطلق البغوي أن البصره لا تدخل في حكم السواد وفي الإطلاق تساهل، والثابت ما في «المهذب» وغيره من إخراج البصرة عن هذا الحد إلا موضعاً من شرقي دجلتها يسمى الفرات ومن غربيه يسمى نهر الصراة . انتهى .

وعبر في «الروضة» عن قول الرافعي : الأثبت ، بقوله : والصحيح ؛ فاقتضى ثبوت خلاف وليس كذلك فاعلمه .

(١) في ب : على .

الباب الثالث : في ترك القتل والقتال بالأمان

قوله : عن رسول الله ﷺ : « إن ذمة المسلمين واحدة فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » (١) . انتهى .

يقول : خفرت الرجل بالخاء المعجمة أخفره بالكسر خفراً ، فإنه خفير أي : أجرته من عدو له ، فأنا مجير له ، وتقول : أخفرته ، بالهمز إذا نقضت عهده وغدرت به ، على أنه يصح أن يقال : أخفرته ، بالهمز أيضاً أيضاً إذا بعث معه خفيراً ، والواقع في الحديث مشهور على إرادة المعنى الأول .

ثم ذكر في الباب ألفاظاً منها : الهرمزان المحمول إلى عمر : هو بضم الهاء والميم وبالزاي المعجمة ، اسم لبعض أكابر الفرس وهو دهقانهم الأصغر ، أسره أبو موسى وبعث به إلى عمر فأسلم ومنها : فصل الرقاشي : هو بالراء المهملة .

ومنها السعادة : أي : تبليغ الخبر ، هو بكسر السين كما تقدم في البيع وغيره .

ومنها : العضباء : ناقة رسول الله ﷺ ، هي بالغين المهملة والضاد المعجمة والباء الموحدة . نقول : هذه ناقة عضباء أي : مشقوقة الأذن ، وكذلك الشاة .

قال الجوهري .ولم تكن ناقة رسول الله ﷺ مشقوقة وإنما كان ذلك لقباً لها .

ومنها : الفرس العائر أي : الهارب ، هو بعين مهملة .

---

(١) أخرجه البخاري (١٧٧١) ومسلم (١٣٧٠) من حديث علي رضي الله عنه .

ومنها : قيس بن الشماس، أبوه المذكور بشين معجمة وبالمهملة في آخره.

ومنها : الزبير بن باطا : أما الزبير فهو بفتح الزاي المعجمة وكسر الباء بلا خلاف .

وأما باطا : فهو بباء موحدة بلا مد ولا همز ويقال : باطيا .

قوله : ويجوز للآحاد أمان عدد محصور ولا يجوز لهم أمان من لا ينحصر كأهل إقليم وناحية وبلد، وفي البيان أنه يجوز أن يؤمن واحد أهل قلعة، ولا شك أن القرية الصغيرة في معناها، وعن الماسرجسي: أنه لا يجوز أن الواحد يؤمن أهل قرية وإن قل عدد من فيها، والأشبه الأول .

انتهى . وحاصل ذلك ثلاثة أوجه :

الأول : وهو أشبهها أن العبرة بالحصر وعدمه فيجوز أمان المحصور وإن كانوا هم أهل جميع القرية، ولا يجوز أمان غيرهم كأهل الناحية والبلد.

والثاني : وهو الذي في «البيان» يجوز أمان أهل القرية وما في معناها كالقلعة وإن كانوا غير محصورين لقلتهم غالباً .

والثالث: يمتنع في القرية ونحوها وإن كانوا محصورين لكونهم جميع من فيها وهو كالعكس من الثاني، وهذا التقرير الذي ذكرته للأوجه قد صرح به في «الشرح الصغير» وإن كان ظاهرا فقال : ولا يجوز لآحاد المسلمين إلا أمان واحد من الكفار أو جماعة محصورين كعشرة وعشرين .

وقيل : يجوز أن يؤمن أهل قلعة وفي معناها القرية الصغيرة .

وقيل : لا يجوز أن يؤمن الواحد أهل قرية وإن قل عددهم ،والأشبة الأول . هذه عبارته [ق/ب] فجعلها ثلاثة أوجه وإن أشبهها السابق فتفطن

لذلك كله، وكلام ابن الرفعة هنا في «الكفاية» غير محرر .

قوله : قال يعني الإمام : ولو أمن مائة ألف من المسلمين مائة ألف من الكفار فكل واحداً إذا ظهر انحسام باب الجهاد أو نقصانه فأمان الجميع مردود، ولك أن تقول : إن أمنوهم معاً فرد الجميع ظاهر، وإن أمنوهم متعاقبين فينبغي أن يصح أمان الأول فالأول إلى ظهور الخلل على أن الروياني ذكر أنه لو أمن كل واحد واحداً جاز، وإن كثروا حتى زادوا على عدد أهل البلدة . انتهى .

قال في «الروضة» : المختار أنه يصح أمان المتعاقبين إلى أن يظهر الخلل.

قال : وهو مراد الإمام .

قوله : فالصريح كقوله أجرتك أو أنت مجار أو أمنتك أو أنت آمن أو في أمان .

قال في «البحر» :وكذا لو قال :لا بأس عليك ، وفي إيراد بعضهم ما يقتضي كونه كناية ، ومن الصرائح: لا خوف عليك، وكذا لا تخف أو لا تفزع عند الروياني، وعن الماوردي أنهما كنايتان . انتهى ملخصاً .

والصحيح أن هذه الألفاظ جميعها صرائح؛ فقد جزم به في «الشرح الصغير» وجزم في «الروضة» بأن لا بأس صريح وصحح ذلك في لا تخف ولا تفزع مدخلاً له في كلام الرافعي فتوجهت عليه اعتراضات ثلاث ذكر التصحيح في الأولى وفي الثانية وحذف الخلاف من الأولى ولم يتعرض لهذه الألفاظ في «المحرر» .

قوله : وللأمان شرطان : أحدهما : أن لا يزيد على سنة ويجوز إلى أربعة أشهر وفيما بينهما قولان : أصحهما المنع وحكمه حكم المهادنة حيث لا ضعف . انتهى كلامه .

وما ذكـره من أنه لا تجوز الزيادة عـلى سنة وأن فيمـا بينها وبـين أربعة أشهـر قولين حتى يجيء القـولان في السنة هي طريقة لبعض الأصـحاب، والصحيح أن حكم السنة حكم ما فوقهـا حتى لا يجري فيه القولان، وكذا ذكره الرافعي في باب عقد الهدنة ،وسـوف أذكر لفظه هناك فراجعه، وهذا الاختلاف وقع للغـزالي في البابين فتابعه عليـه الرافعي ، وقد تفطن له في «الروضة» فأصلـحه هنا غير منبه عـليه فقال : وفي قول يجـوز ما لم يبلغ سنة .

قـولـه : وذكـر في «البـحـر» أنه لو زاد عـلى سنة بطل في الـزيادة على المشروع دون الباقي،وفي وجه يبطل في الكل تخريجاً من تفريق الصفقة وأنه لو أطلق حمل على أربعة أشهر ويبلغ بعدها المأمن . انتهى كلامه .

واعلم أن في الزيادة على المدة المشروعة طريقين أصحـهما تخريجه على تفريق الصـفقة، والثاني: القطع بالصـحة في الجائز لعدم جـهالة العوض . كذا قالـه الرافعي في باب الهدنة؛ ولهذا صـرح النووي بتصحيـحه هنا في أصل «الروضة» .

وأما ما ذكره في الإطلاق عن صاحب «البحر» من كونه يصح فالصحيح المذكور في باب الهدنة، خلافه فاعلم ذلك .

قوله : ولا يتعدى الأمان إلى مـا خلفه بدار الحرب من الأهل والمال،وأما ما مـعه منهمـا فإن وقع التعـرض له اتبع الشرط وإلا فوجـهان أطلقهـما في «النهاية» ورجح المنع لقصور اللفـظ، وفي هذا مزيد نورده في خاتمة الكتاب. انتهى .

ثم ذكر هذه المسألة أعني دخول الأهل والمال عند الإطلاق في أخر الباب قبيل كتاب الجزية كما أشار إليه فحكى فيها وجهين من غير ترجيح أيضاً .

ثم قال : وفي «البحر» تفصيل حسن حكاه هو أو بعضه عن «الحاوى»؛ وهو أنه إذا أطلق الأمان يدخل فيه ما يلبسه من ثياب وما يستعمله في حرفته من الآلات وما ينفقه في مدة الأمان للعرف الجاري بذلك ومن كونه إن كان لا يستغنى عنه ولا يدخل غير ذلك .انتهى .

وليس هذا تصريحاً أيضاً بتصحيح والراجح الدخول مطلقاً فقد جزم به الرافعي في أثناء الباب قبيل قوله الثانية المستأمن فقال : إذا دخل الكافر دار الإسلام بعقد أمان أو ذمة كان ما معه من المال والأولاد في أمان، فإن شرط الأمان في المال والولد فهو زيادة تأكيد . هذا لفظه .

وذكر أيضاً مثله في آخر كتاب الجزية فقال في الكلام على الذمي إذا انتقض عهده : وهل يبطل أمان النساء والصبيان ببطلان أمانهم ؟ فيه وجهان : أحدهما : نعم كما كانوا تبعاً في ثبوت الأمان . انتهى .

وقد أطلق النووي تصحيح الموضع الأول في أصل «الروضة» ذاهلاً عن ما ذكره الرافعي بعد ذلك ووافقه عليه فوقع في صريح التناقض ،وعبر في «الشرح الصغير» و«المحرر» بقوله : فيه وجهان ، رجح منهما منع الدخول ولا تصريح فيه أيضاً لكن صرح في «المنهاج» بتصحيحه .

قوله : قال في «التهذيب» : ولو قالوا للأسير لا نطلقك حتى تحلف أنك لا تخرج فأطلقوه لم تلزمه كفارة بالخروج، ولو حلفوه بالطلاق لم يقع كما لو أخذ اللصوص رجلاً وقالوا : لا نتركك حتى نحلفك أنك لا تخبر بمكاننا، فحلف ثم أخبر بمكانهم لا تلزمه الكفارة، لأنه يمين إكراه، وليكن هذا تفريعاً على أن التخويف بالحبس إكراه. انتهى .

قال في «الروضة» : ليس هذا كالتخويف بالحبس فإنه هناك تلزمه الهجرة والتوصل إليها بما أمكنه . هذا لفظه .

والذي ذكره رحمه الله لا ينافي ما ذكره الرافعي بالكلية فإن كلام الرافعي في الحنث وعدمه لا في وجوب الهجرة ووجوب أسبابها، ولو حلف كافر شخصاً أنه لا يصلي لزمه أن يصلي ،وهل يحنث وتلزمه الكفارة؟ ينبني على أن الحبس هل يحصل به الإكراه أم لا ؟

قوله : ولو أطلقوا الأسير وشرطوا عليه أن يعود أو يبعث إليهم مالاً فالعود ممتنع وأما بعث المال فإن قبل الشرط مكرها فهو لغو وإن صالحهم عليه مختاراً فلا يجب بعثه لكن يستحب ؛أما أنه لا يجب فلأنه التزام مال بغير حق ،وأما أنه يستحب فليعتمدوا الشرط ويطلقوا الأسارى، وعن «سير الواقدي» حكاية قول : أنه يجب بعثه، وعن أبي إسحاق القطع به، وحكى الإمام بدل هذا عن القديم قولاً : أنه يجب العود إليهم . انتهى كلامه .

هذا الذي ذكره من عدم وجوب المال ذكر في أخر الباب ما يخالفه فقال: ولو قال الأسير للكافر: أطلقني على كذا، ففعل ،أو قال له الكافر: افتد نفسك بكذا، ففعل ، لزمه ما التزم . هذا لفظه .

ووقع الموضعان كذلك في «الروضة»، واقتصر في «الشرح الصغير» على الموضع الأول .

قوله : فإن لم يشترطا في المبارزة ترك الإعانة لكن اطردت العادة بها فهل هو كالمشروط؟ فيه وجهان ؛ الذي أورده الروياني في «جمع الجوامع» : أنه كالمشروط . ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً . والصحيح أنه كالمشروط. كذا صححه النووي في «الروضة» ولم ينبه على أنه من «زوائده» بل أدخله في كلام الرافعي وهو غريب فتفطن له .

قوله : وإذا عاقد الإمام على البدل على قلعه كذا بجارية منها فيجوز وهي جعالة على مجهول غير مملوك احتملت للحاجة، ولو وقعت المعاقدة

مع مسلم فوجهان : أصحهما عند الإمام لا يجوز لما فيه من الغرر، وإنما جوزنا في الكافر لأنه أعرف بقلاعهم وطرقهم غالباً .

والثاني : يجوز، وبه قال العراقيون للحاجة ولأنه أنصح وقد يكون أعرف .

قال الإمام : والوجهان مفرعان على تجويز استئجار المسلم للجهاد وإلا فلا .

انتهى . والصحيح أن استئجاره لا يجوز وحينئذ فإن كان الأمر على ما قاله الإمام لزم تصحيح المنع ،وإن كان الأمر على ما أطلقه العراقيون لزم رجحان الجواز، فالحاصل أنه لا يؤخذ من كلام الرافعي هنا تصحيح ،وقد سبقت المسألة قبيل النكاح في أول الباب المعقود للغنائم وجزم بما حاصله : الجواز ، فتأمله وتفطن له فإنه جزم بجواز النفل بفتح النون والفاء وقال : إنه زيادة ، فقال : على سهم الغنيمة ، ثم مثل له أعني : المنفل بأمور منها ما ذكره هاهنا ، وقد علم أن السهم لا يكون إلا للمسلم فلزم من إطلاقه وتعبيره بالسهم جوازه مع المسلم فراجعه يظهر لك ما قلناه .

قوله في المسألة : وإذا دلنا عليها ولكن فتحناها بطريق أخر لا بدلالته ففي استحقاقه الجارية وجهان نقلهما القاضي ابن كج ورجح منهما المنع. انتهى .

صحح النووي في أصل «الروضة» ما صححه ابن كج .

قوله : ولو ماتت الجارية بعد الظفر بها وقبل التسليم وجب بدلها .وهل تجب قيمتها أو أجرة المثل؟ فيه قولان بناء على أن الجعل المعين في يد المجعول له مضمون ضمان عقد أم ضمان يد، فيه قولان كالصداق ؛ فإن قلنا : ضمان عقد، أوجبنا أجرة المثل .

وإن قلنا : ضمان يد ، أوجبنا قيمتها . هكذا قاله الإمام .

ثم قال بعـد ذلك : والذي يوجد لعامـة الأصحاب في المسـالة إيجاب قيمة الجارية .

انتهى ملخصاً . ذكر مثله في «الشرح الصغير» وخالف في «المحرر» فلم يذكر ما قاله الجمهور وجزم بمقالة الإمام فقال :

وبدلها أجـرة المثل إن جعلنا الجعل مضـمونا ضمان العـقد وقيمـتها إن جعلناه مضموناً ضمان اليد ، وفيه قولان كما في الصداق. انتهى .

وكأنه حال تصنـيف «المحرر» لم يستوعب ما في هذه المـسألة من الشرح بل نظر أوائلها دون آخرها، وقد تبعه النووي على هذا الاختلاف، وقد نص الشافـعي رحمـه الله في «الأم» على المسألة فـقال في أواخر «كـتاب سـير الواقدي» في باب : العلج يدل على القلعة ما نـصه : وإن كانت الجارية قد أسلمت قبل أن يظفر بهـا فلا سبيل إليهـا ويعطى قيمتهـا وإن ماتت عوض منها بالقيمة ولا يبين إذا أسلمت هذا لفظه .

قوله : فرع : قال القاضي ابن كج: ولو كان الإمام نازلاً تحت قلعة وهو لا يعرفهـا فقال : من دلني على قلعـة كذا فله منها جارية، فـقال علج: هي هذه التي أنت عليهـا، فالمذهب أنه يستحق تلك الجـارية إذا فتحت كمـا لو قال : من جاءني بعـبدي الآبق فله كذا، فـوجده إنسان في البلد فـجاء به. انتـــهى كلامه .

وما نقـله عن ابن كج من الاستـحقاق وأقـره عليه قـد تابعه علـيه في «الروضة» لكن الراجح علـى مقتضى مـا ذكروه في باب : الجعـالة ، عدم الاستحقـاق فإنهم شرطوا التعب ولا تعب هنا ، وقياسـه على رد العبد من

البلد واضح البطلان لما ذكرناه من الكلفة .

قوله : ولو دخل حربي دارنا بأمان أو رسالة ثم نقض العهد والتحق بدار الحرب لم ينتقض الأمان في المال الذي خلفه عندنا في ظاهر المذهب .

ثم قال : فإن مات أو قتل ففيه قولان : أحدهما : وقد نص عليه في «المختصر» وفي «سير الواقدي» واختاره أبو إسحاق أنه يكون فيئاً .

وأصحهما على ما ذكر في «التهذيب» ونص عليه في كتاب المكاتب : أنه ينتقل إلى وارثه . انتهى . والأصح ما رجحه في «التهذيب»، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في أصل «الروضة» .

قوله : ولو حاصرنهم فنزلوا على حكم حاكم فحكم بقتلهم لم يكن له بعد ذلك استرقاقهم، وقيل : يجوز .

وهل يجوز استرقاق المحكوم بقتله إذا أسلم ؟

نقل الروياني وغيره أنه لا يجوز، ويجيء على تجويز استرقاقه لو لم يسلم أم يجوز استرقاقه بعد الإسلام أيضاً .

ثم قال : وإذا حكم بالإرقاق فأسلم المحكوم عليه قبل الإرقاق ففي «الوسيط» بناؤه على أن الرق هل هو فوق القتل ؟

إن قلنا : لا ، جاز إرقاقه كما قبل الإسلام .

وإن قلنا : نعم، لم يجز ، والأشبه الجواز؛ لأن الإسلام لا يمنع الإرقاق .

انتهى كلامه . واعلم أن الغزالي في «البسيط» لم يرد ما فهمه عنه الرافعي ؛ فإنه ذكر أنه إذا حكم بالقتل فهل له الاسترقاق [فإن] (١) فيه وجهان، ثم ذكر أنه لا فرق في هذين الوجهين بين أن يسلم أو لا يسلم، وهذا الخلاف هو الذي نقل الرافعي المنع فيه عن الروياني وغيره وأبدى مقالته وهو الجواز في صورة التخريج غير واقف عليه، وهذا الذي أشار إليه

(١) زيادة من أ .

الغزالي قـد أوضحه في «البسـيط» وأوضحه قبله الإمـام في «النهاية»، ولو راجع الرافعي هنا هذين الكتابين لم يذكر ما ذكره .

قـوله : وعن نصه في حـرملة: أنه إذا أهدى مـشرك إلى الإمـام أو الأميـر هدية والحرب قائمة فهي غنيمة ، بخلاف ما إذا أهدى قبل أن يرتحلوا عن دار الإسلام .

انتهى كلامه . واعلم أن الرافـعي في الباب السابق في أول الطرف الرابع المعقـود للاغتنام قد نقل هذا الفـرع عن الروياني ولم يقيده بالإمام أو أمـير الجيش بل صرح بأن غيرهما كذلك فقال : نقل الروياني أن ما يهديه الكافر إلى الإمام أو إلى واحد من المسلمين والحرب، قـائمة لا ينفرد به المهدي إليه بكل حال . هذا لفظه .

وسكت الرافعي عن الهدية في غير حالة الحرب، وقد صرح به الروياني أيضـاً في كتـاب القضـاء فقـال : إن كانت الـهدية من أجل سلطانه فـهي للمسلمين، وإن كانت لمودة تقدمت كانت له، وإن كانت لحاجة عرضت له، فإن كان لا يقدر على قضائهـا إلا بالسلطان فهي للمسلمين، وإن قدر عليها بدونه فهي له .

قوله : ولو قـال الأسير أي لـلسابي : افدني بكذا ، على أن يـرجع على ما جاء به فـأجابه، رجع عليه ، وكـذا لو لم يشترط الرجـوع في أصح الوجهين على ما ذكر صاحب «التهذيب» . انتهى .

صحح النووي في أصل «الروضة» ما صححه صاحب «التهذيب» .

قـوله : ولو قال الأسـير للكافـر : أطلقني على كـذا ، أو قال له الكافـر : أفديتك بكذا، ففعل ؛ لزمه ما التزم . انتهى .

وما ذكر من اللزوم في المسألتين وتابعه عليه في «الروضة» قد تقدم بنحو أربعة أوراق ما يخـالفهما جميعـاً؛ فأما المسألة الأولى : فقال فـيها هناك :

ولو شرطوا أن يعود حرم العود، فإن شرطوا العود أو يبعث إليهم مالاً فالعود حرام، وأما المال فإن شارطهم عليه مكرهاً فهو لغو وإن صالحهم مختاراً لم يجب بعثه؛ لأنه التزام بغير حق لكن يستحب؛ وفي قول : يجب ،لئلا يمتنعوا من إطلاق الأسارى، وفي قول قديم: يجب المال أو العود، والمشهور الأول. هذا كلامه .

وحينئذ فنقول : مقتضى هذا الكلام بطلان اشتراط المال سواء شرطه وحده أو مع غيره فإنه علله بكونه التزاما بغير حق ولم يعلله بشئ آخر ، وأيضاً فلو كان شرط المال صحيحاً لكان شرط العود معه المحكوم ببطلانه إما أن يقتضي الصحة في الآخر وهو المال أو الرجوع إلى بدل ذلك وهو ما يبذل في العادة في مثل هذا الأسير؛ فإن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه .

وأما المسألة الثانية : وهي امتثال الأمر فقد جعله هناك كالإكراه فقال عقب الموضع الأول : إنه إذا اشترى منهم الأسير شيئاً ليبعث ثمنه وكان مكرهاً على قبوله فإن العقد لا يصح على المنصوص، وفي قول: يصح، لأنها معاملة مع الكفار .

ثم قال : ولم يجز عقد بل قالوا : خذ هذا وابعث لنا كذا من المال ، فقال: نعم ،فهو كالشراء مكرهاً . هذا كلامه .

وقياسه أن يقال في مسألتنا وهي ما إذا قال له : افد نفسك بكذا، أنه كالفداء مكرهاً حتى لا يلزمه المال، وأيضاً فقوله : خذه، ليس صريحاً في البيع بل يتوقف على النية ولم يفرض الرافعي وجودها؛ وحينئذ فيكف يكون مقبوضاً بالبيع ؟ بل يحتمل الهبة أيضاً والقرض والوديعة ويكون الأمر ببعث المال طلباً لشيء آخر في مقابلة ما أحسن إليه مثلاً .

قوله في المسألة : فلو استولى المسلمون على المال الذي فدا به الأسير

نفسه فهل يكون غنيمة أم يرد إليه ؟ فيه وجهان؛ قال في «الروضة»: الأصح أنه يرد إليه .

قال : وقد سبق عن صاحب «البيان» : أنه مقتضى المذهب .

كتاب [عقد] (١) الجزية والمهادنة فيه بابان

الباب الأولى : في الجزية

اعلم أن الرافعي ـ رحمه الله ـ قد ذكر في الباب ألفاظاً منها : بريدة : أحد الصحابة رضي الله عنهم ، هو بباء موحدة مضمومة تصغير بردة .

ومنها : الأكيدر: الذي أحضره خالد من الشام، هو بهمزة مضمونة مصغر أكدر وهو الذي في لونه كدرة .

ومنها : السفارة : أي : النيابة، وهي بالكسر كما سبق في مواضع .

ومنهـا : الخول : بفتح الخاء المعجمة والواو وباللام في آخره، وهم العبيد كما سبق في الغنيمة .

ومنهما : في حدود الحجاز حرة : أما الحرة فبالحاء المفتوحة والراء المهملتين، وهي أرض ذات حجارة سود .

وأما واقم : فبالقاف المكسورة ،قال الجوهري : هو اسم لحصن من حصون المدينة، والحرة المذكورة مضافة إليه .

ومنها : فلسطين : وهي بكسر الفاء وفتح اللام، ناحية مشهورة من الشام متصلة بديار مصر وكرسيها بين المقدس وغزة .

ومنها : المخاليف : جميع مخلاف بميم مكسورة وخاء معجمة ساكنة، وهي القرى، وهو ـ أي : المخلاف ـ اسم لقرى مجتمعة ،ويعبر عنه أيضاً

---

(١) سقط من ب .

بالكورة، ولكل من تلك القرى اسم يخصه .

ومنها : يبرين : هي بفتح الياء بنقطتين من تحت وإسكان الباء الموحدة وكسر الراء وبعدها ياء مثناة من تحت ساكنة ثم نون، وهو موضع معروف شرقي مكة وراء اليمامة وفيه نخل ،ذكره الجوهري في فصل الباء الموحدة من باب النون، فجعل الباء زائدة والنون أصلاً على أن وزنه تفعيل، وغلطوه في هذا وقالوا : الصواب ذكره في فصل الياء المثناة من تحت من باب الراء على أن الباء أصل والنون زائدة ووزنه فعلين ومنها : وج : بواو مفتوحة وجيم مشددة شعب في الحج .

ومنها : زهاء : بضم الزاي والمد، يقول : له عندي زهاء ألف أي : قدر ألف .

ومنها : الميرة : بكسر الميم، اسم للطعام، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَنَمِيرُ أَهْلَنَا ﴾ (١) .

ومنها : الفتك : بثاء مثلثة أي : تضم وتفتح وتكسر وفاء ساكنة ثم كاف، وهو القتل على غفلة من المقتول، وقد تقدم في الجنايات أن القتل ينقسم إلى أقسام هذا أحدها .

ومنها : أيلة : بهمزة مفتوحة وياء ساكنة بنقطتين من تحت، هي بلدة معروفة على ساحل البحر الملح في طريق الحاج المصرى، وعقبة أيلة مضافة إليها، وهذه البلدة هي آخر الشام وأول الحجاز ،وهي المشار إليها بقوله تعالى : ﴿ وَاسْئَلْهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ ﴾ (٢) .

ومنها : المعتمل : بميم مضمومة وعين مهملة ساكنة وتاء مثناة من فوق بعدها لام، معناه : الكسوب، وهو مفتعل من الكسب أى العمل .

---

(١) سورة يوسف (٦٥) .

(٢) سورة الأعرف (١٦٣) .

ومنها : ياروس المجوس: لم أقف فيه على كلام .

ومنها : نسف : بنون ثم سين مهملة مفتوحة ،اسم لبلدة من بلاد الشرق،وإليها ينسب النسفي صاحب «الخلافيات» .

ومنها : الأكهب : بكاف ثم هاء ثم باء موحدة، وهو الأحمر الذي ليس بخالص في الحمرة؛ يقال بغير أكهب واضح المكهبة بضم الكاف، والكهب بفتحها وفتح الهاء .

ومنها : الكستيحات : اسم للزنار، أما الزنار : فبضم الزاى، وأما اللفظ الأول فلا أعلم من ذكره .

ومنها : أنه عليه الصلاة والسلام قتل ابن خطل والقينتين (١) .

أما خطل : فبخاء معجمة ثم طاء مهملة مفتوحتين بعدها لام، واسم ولده المقتول عبد العزى ،وقال ابن الكلبي : غالب ،وقال ابن إسحاق : عبد الله ، وأما القينتان : فتثنية القينة بقاف وياء بنقطتين من تحت ونون، وهي الأمج سواء كانت تغني أم لا والعبد يقال له قن ، والقينتان المذكورتان كانتا لابن خطل المذكور وكانتا تغنيان بهجاء النبي - ﷺ - وهجاء المسلمين.

ومنها القت :بقاف مفتوحة وبالمثناة من فوق ، وهو نبات رطب تأكله الدواب، يعبر عنه في صعيد مصر : بالقرط .

قوله : ولو طلب الأسير عقد الذمة ففي تحريم قتله قولان : أولاهما التحريم ، فإن دخل حربي دارنا وبقى مدة ثم اطلعنا عليه فطلب عقد الذمة. فإن قلنا : إن الأسير يقرر، فكذلك هذا وإلا فوجهان ،وإيراد الإمام يشعر بترجيح الإجابة . انتهى ملخصاً .

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة (٧/ ٣٩٨) والحارث فى «مسندة» (٦٩٨) .

رجح في «الشرح الصغير» ما أشعر به كلام الإمام فقال: والإرجح الإجابة وصححه النووي في «الروضة» ولم ينبه على أنه من «زوائده» فتفطن له.

قوله: وما اشتهر أن الرسول آمن فقال الروياني: هو في رسالة فيها مصلحة للمسلمين من هدنة وغيرها، فإن كان رسولاً في وعبد وتهديد فلا أمان له ويتخير الإمام فيه بين الخصال الأربع كالأسير. انتهى.

وهذا الذي قاله الروياني قد جزم به أيضاً الماوردي، وقد رد في «الروضة» هذه المقالة واقتضى كلامه انفراد الروياني بذلك فإنه قال: ليس ما ادعاه بمقبول والصواب: إنه لا فرق. هذا لفظه.

نعم ذكر الرافعي قبل ذلك في باب كيفية الجهاد أن الرسول لا يجوز قتله ولم يستثن شيئاً بالكلية فدل على ضعف هذه المقابلة.

قوله: فإن أعتقه ذمي فيستأنف له عقد أم يكتفي بعقد سيده في حقه؟

أجرى صاحب «التهذيب» فيه الخلاف المذكور في الصبي إذا بلغ.

وعن «الحاوي» حكاية وجوه في أنه تلزمه جزية سيده، أو جزية عصبته لأنهم أخص به، أو يستأنف له عقد آخر. انتهى. ومقتضى كلامه في «الشرح الصغير» رجحان الاستئناف؛ فقد صرح بتصحيحه النووي في «زوائده».

قوله: ولا جزية على امرأة أو خنثى، فإن بانت ذكورته فهل تؤخذ منه السنين الماضية؟ وجهان. انتهى.

قال في «الروضة»: ينبغي أن يكون الأصح الأخذ.

قلت: بل ينبغي تصحيح عكسه؛ فقد تقدم قبل هذا بقليل في أثناء الركن الأول أنه إذا دخل حربي دارنا وبقى مدة ثم اطلعنا عليه لا نأخذ منه

شيئا لما مضى على الصحيح الذي حكاه الإمام عن الأصحاب؛ لأن عماد الجزية القبول وهذا حربي لم يلتزم شيئاً ،وما قالوه بعينه موجود هنا بل أولى ؛لأنا تحققنا الأهلية هناك ولم نتحققها هنا .

قوله : وإذا حاصرنا قلعة ولم يكن فيها إلا النساء فطلبن عقد الذمة بالجزية ففيه قولان منقولان عن الأم : أحدهما : أنه يعقد لهن عقد الذمة لأنهن يحتجن إلى صيانة أنفسهن عن الرق كما يحتاج الرجال إلى صيانة أنفسهم عن القتل ؛ فعلى هذا يشترط عليهن أن تجري عليهن أحكام المسلمين ولا نسترقهن ولا نؤخذ منهن شيئا .

والثاني : لا يعقد الإمام لهن ، فإذا فتح القلعة سباهن .

والقولان متفقان على أنه لا تقبل منهن جزية ولا تؤخذ منهن أخذ إلزام.

هذا ما نقله عامة الأصحاب على اختلاف طبقاتهم، وشذ عنهم الإمام فنقل الخلاف وجهين وجعلهما في أنه هل يلزم قبول الجزية وترك إرقاقهن؟ انتهى ملخصاً .

وما ذكره من حكاية الإمام لوجهين لا قولين هو كذلك في هذا الباب من «النهاية» لكنه ذكرها أيضاً في باب جامع السير وحكى الخلاف قولين كما ذكره غيره فذهل الرافعي عن هذا الموضع .

واعلم أن الماوردي حكى وجهين في وجوب إعطائهن ذلك بعد التزامه فقال: فعلى هذا هل تلزمهن الجزية ببذلهن أم لا ؟

على وجهين : أحدهما : [يلزمهن أداؤها بعد إعلامهن عند العقد أنهن من غير أهلها] (١) فإن امتنعن من بذلها بعد لزومها خرجن عن الذمة .

والوجه الثاني : لا .

هذا كلامه .

---

(١)سقط من أ .

قوله : وأما حرم مكة ـ زادها الله تعالى شرفاً ـ فيمنع الكافر من دخوله ولو كان مجتازاً، وهو من طريق المدينة على ثلاثة أميال ومن طريق العراق على سبعة أميال ومن طريق الجعرانة على تسعة أميال ومن طريق الطائف على سبعة ومن طريق جدة على عشرة؛ كذا حكاه الماوردي وجماعة، ولعله أورده في كتاب الحج . انتهى .

لم يذكره الرافعي هناك، وقد حذفه النووي من هنا اعتماداً على تقدمه في ذلك الموضع فلزم خلو «الروضة» عنه، وقد جزم البغوي في هذا الباب من «التهذيب» بالتحديد المذكور وعجب من ذهوله عنه حتى نقله عن الأحكام السلطانية .

والسبعة المذكورة في العراق والطائف هي بسين ثم باء، بخلاف المذكورة مع الجعرانة فإنها بتاء مثناة ثم سين، وقد جمع بعضهم الحدود المذكورة في بيتين فقال :

وللحرم التحديد من أرض طيبة ... ثلاثة أميال إذا رمت إتقانه

وسبعه أميال عراق وطائف ... وجدة عشر ثم تسع جعرانة

قوله : وإن استأذن في دخوله عبر الحجاز أذن له إن كان في دخوله مصلحة للمسلمين كرسالة أو عقد هدنة أو حمل متاع يحتاج إليه المسلمون، وإن كان دخوله لتجارة ليس فيه كبير حاجة للمسلمين لم يأذن له إلا بشرط أن يأخذ من تجارته شيئاً . انتهى .

[ ] [1] .

قوله : أقل الجزية دينار لكل سنة، ويستحب للإمام أن يماكسهم حتى يأخذ من الغنى أربعة دنانير ومن المتوسط دينارين .

---

(١) بياض فى الأصل .

قال الإمام : وموضع المماكسة ما إذا لم يعلم الكافر جواز الاقتصار على دينار، فإن علم بطلت الزيادة استماحه . انتهى .

قال الجوهري : محت فلاناً أعطيته واستمحته سألته العطاء .

قوله : تؤخذ الجزية على سبيل الصغار بأن يكون الذمي قائماً والمسلم الذي يأخذها جالساً ويأمره أن يخرج يده من جيبه أي طوقه ويحني ظهره ويطأطئ رأسه ويصب ما معه في كفة الميزان ويأخذ المستوفي بلحيته ويضرب في همزته وهي مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن وهذا معنى الصغار في الآية عند بعضهم، وهذه الكيفية مستحبة وقيل واجبة .

انتهى ملخصاً . وهذا الذي جزم به الرافعي من أخذها على هذه الكيفية عجيب مخالف لنص الشافعي وتفسير الصغار في الآية بها أعجب .

أما النص : فقد قال الشافعي في كتاب السير من «إملائه» على كتاب الواقدي ما نصه : ولم أسمع مخالفاً في أن الصغار أن يعلو حكم الإسلام على حكم الكفر . انتهى .

كذا رأيته في «كتاب الجزية» لابن الحداد نقلاً عنه .

ونقل الشيخ أبو حامد في «تعليقته» عن أهل التفسير أنهم فسروا الصغار بما ذكره الرافعي، ثم قال ما نصه : قلنا : ليس هذا مذهب الشافعي رضي الله عنه، بل الصغار عنده هو رضاهم بجريان حكم لا يعتقدون صحته عليهم. ثم أطال الشيخ أبو حامد الاستدلال على ذلك، وذكر أصحاب الشيخ أبي حامد كالبندينجي والمحاملي نحوه أيضاً، وقال الماوردي في الحاوي في قوله تعالى : ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ (١) أن الشافعي فسر الإعطاء في الآية بالالتزام، وأبو حنيفة فسره بالدفع، ونقل في «البيان» مثله عن نصه في «الأم» و«المختصر» .

---

(١) سورة التوبة (٢٩) .

وأما بطلان تفسير الصغار في الآية بذلك فلأن الله تعالى أوجب مقاتلتهم إلى إعطاء الجزية فقال : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلا بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ (١) فجعل غاية المقاتلة إعطاء الجزية، والمقاتلة تنقطع بالالتزام إجماعاً؛ فيبطل بذلك تفسير الإعطاء بالدفع ؛فصار هذا كقوله تعالى: ﴿ فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾ (٢) ، ثم إن الرافعي رحمه الله في أول الباب قد فسر الصغار أيضاً بذلك فقال : الأصح عند الأصحاب تفسير الصغار بالتزام ذلك وقالوا أشد الصغار على المرء أن تحكم عليه بما لا يعتقده ويضطر إلى احتماله .

واعلم أن النووي ـ رحمه الله ـ قد أنكر أيضاً أيضاً هذه الكيفية إلا أنه لم يطلع على ما ذكرناه من النصوص ولا أبدى ما ذكرناه من ما يبطل التفسير بها بل استند إلى كلام بعض الأصحاب فقال : قلت : لا نعلم لهذه الكيفية أصلاً معتمداً وإنما ذكرها طائفه من أصحابنا الخراسانيين، وقال جمهور الأصحاب : تؤخذ الجزية برفق كأخذ الدين . هذا خلاصة ما ذكره.

قوله : ويجوز أخذ الجزية باسم الزكاة ولكن بضعف الواجب؛ فنأخذ مثلاً من خمس من الأبل شاتين ومن ست وأربعين حقتين، فإن لم نجدها فبنتي لبون مع الجبران .

وفي تضعيف الجبران وجهان : أحدهما : يضعف فيأخذ مع كل بنت مخاض [شاتان أو عشرين درهماً.. إلى أخره .

وهذا الكلام قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً وهو خطأ ظاهر وسببه إسقاط شيئاً من مسودة الرافعي «الشرح الصغير» فإنه قال : فيه وجهان :

---

(١) سورة التوبة (٢٩) .

(٢) سورة التوبة (٥) .

أحدهما : يضعف فيأخذ عن بنت مخاض] (١) **.أربع شياه أو عشرين درهما ؛ لأنه نقص الصدقة .**

والأصح : المنع وهو المذكور في الكتاب، لأن في تضعيف الجبران تضعيف التضعيف فلا نأخذ مع كل بنت مخاض إلا شاتين أو عشرين درهما . هذا كلامه .

فسقط الكلام المشتمل على بيان المذهب الصحيح وهو من لفظه : يأخذ إلى مثلها ،وقد بين الفوراني في «الإبانة» لزوم تضعيف التضعيف فقال : وذلك أنا ضعفنا حتى أخذنا منه مكان الحقة حقتين ثم انتقلنا إلى ابنتي لبون فإذا أخذنا مع بنتي اللبون أربع شياه وهذا جبران وتضعيف ولولا التضعيف لأخذنا منه شاتين . هذا كلامه .

قوله : وأما الذمي فله أن يتجر فيما سوى الحجاز من بلاد الإسلام ولا يؤخذ من تجارته شيء .

قال في « البيان » : إلا أن يشترط عليه مع الجزية شيء من تجارته . انتهى .

ذكر مثله في «الروضة»، والذي قاله المذكور أعني : العمراني قد سبقه إليه الماوردي في «الحاوي» والروياني في «البحر»، وهو واضح منقاس .

قوله : وإن بدأ الذمي بالسلام فلا نجيبه. قاله في «التهذيب». انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله عن البغوي وارتضاه مخالف لما نقله عن صاحبه المتولي في كتاب السير وارتضاه أيضاً من كونه يحييه بقوله وعليك .

---

(١) سقط من أ .

وقد تقدم ذكره في موضعه وأن ذلك هو الصواب .

وقال النووي هنا : ما ذكره البغوي هو وجه حكاه الماوردي ، والصحيح بل الصواب أن يجاب بما ثبت في الأحاديث الصحيحة : وعليكم . هذا لفظه .

والتعبير بضمير الجمع في عليكم مخالف لما ذكره الرافعي هناك ووافق عليه في «الروضة» وفي باقي كتبه من التعبير بضمير المفرد .

قوله : ولا يجوز لمسلم أن يوادهم؛ قال الله تعالى : ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا﴾ (١) الآية . انتهى .

وما ذكره هنا من تحريم الموادة قد خالفه في أول باب الوليمة فجزم بالكراهة ، وتابعه في «الروضة» على الموضعين .

قوله : ولو كان لمسلم على ذمي دين فقضاه وجب القبول إذا لم يعلم أن المؤدي من محرم، فإن علم بأن باع الخمر بين يديه وأخذ ثمنها فهل يجبر على قبوله ؟ وجهان :

أصحهما : لا يجبر، وهو المنصوص، بل لا يجوز القبول . انتهى .

واعلم أنه قد سبق في نكاح المشركين أنه إذا ترابى الذميان فباعه درهماً بدرهمين وأسلما أو ترافعا إلينا قبل الإسلام ، فإن جرى تقابض لم يلزم الرد، ولا فرق في ذلك بين أن يكون التقابض برضاهم أو بإجبار قاضيهم.

وإذا علمت ما تقدم هناك علمت منه أن الكافر يملك ثمن الخمر الذي باعه ولهذا لم يوجب عليه الرد في الكفر ولا بعد الإسلام ، وإذا ملكه لزم منه وجوب قبوله في مسألتنا فترجع خلافه ذهول عن ذلك، وقد جزم

---

(١) سورة المجادلة (٢٢) .

القفال في «فتاويه» بما ذكرته حكماً وتعليلا فقال : لو باع ذمي لذمي خمراً بألف فجاء مسلم وضمن الألف عن الذمي فقال لا يصح لأنهما لو أسلما قبل القبض سقط ،أما إذا قبض الثمن وهناك مسلم يشاهده فاشترى بعين تلك الدراهم من هذا المسلم فإنه يصح ويحل للمسلم تملك تلك الدراهم لأنهما لو أسلما لكانت الدراهم تحل لهذا القابض . هذا كلامه .

والمسألة التي ذكرها أولاً مسألة مهمة .

قوله : وتؤخذ النساء بالغيار في أظهر الوجهين ثم قال : وإذا قلنا به فقال الشيخ أبو حامد : يجعل الزنار فوق الإزار وفي «التهذيب» وغيره : تحته لئلا يصف بدنها ،وأشار بعضهم إلى اشتراط ظهور شيء منه . انتهى .

قال في «الروضة» : هذا لابد منه وإلا فلا يحصل كثير فائدة .

قوله : والتمييز في الحمام ينبني على أنه يجوز لهن دخول الحمام مع نساء المسلمين .

قال في «التهذيب» : وأظهر الوجهين منعه لأنهن أجنبيات في الدين، وقد يفهم من هذا السياق أن لنساء المسلمين أن يدخلنه بلا حجر .

وعن ابن أبي هريرة أنه قال:لا يجوز إلا عن ضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام : «أيما امرأة خلعت ثوبها في غير بيت زوجها فهي ملعونة» (١) .

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٠١٠) والترمذي (٢٨٠٣) وابن ماجة (٣٧٥٠) وأحمد (٢٤١٨٦) و(٢٥٤٤٦) و(٢٥٦٦٨) والدارمي (٢٦٥١) والحاكم(٧٧٨٠) والطيالسي (١٥١٨) والطبراني في «الأوسط» (٣٢٨٦)و(٤٧٤٣) وأبو يعلي (٤٦٨٠) وعبد الرزاق (١١٣١) و(١١٣٢) والبيهقي في «الشعب» (٧٧٧١) و«الكبرى» (١٤٥٨٠) وأبو نعيم في «الحلية» (٣/ ٣٢٥) والخطيب في «التاريخ» (٣/ ٥٨) وابن عدي في «الكامل» (٦/ ٤٤٨) وابن حبان في «المجروحين» (٣/ ٥) من طرق عن عائشة رضي الله عنها .

قال الترمذي : حسن .

وقال الألباني : صحيح .

انتهى . والأصح في دخولهن مع نساء المسلمين ما قاله البغوى. كذا صححه النووي من «زوائده» في أوائل النكاح، واقتصر هنا على كلام البغوى، والأصح الأشهر كما قاله في «الروضة» هنا أنه لا يحرم دخولهن الحمام بلا عذر لكن يكره، وجزم الغزالي في «الإحياء» بالتحريم فقال : يحرم عليها دخوله إلا لنفاس أو لمرض .

قوله في أصل «الروضة» : ولو زنا ذمي بمسلمة أو أصابها باسم نكاح أو تطلع على عورة المسلمين ونقلها إلى دار الحرب أو فتن مسلما عن دينه ودعاه إلى دينهم ففي انتقاض عهده طرق: أصحها أنه إن لم يجر لم ينتقض وإلا فوجهان، ويقال: قولان : أصحهما : لا ينتقض .

وهل المعتبر في الشرط الامتناع من هذه الأفعال أم انتقاض العهد إذا ارتكبها ؟ صرح الإمام والغزالي بالثاني وكثيرون بالأول ، ولا يبعد أن يتوسط فيقال إن شرط الانتقاض فالأصح [الانتقاض] (١) وإلا فالأصح خلافه . انتهى كلامه .

فيه أمران : **أحدهما** : أن هذا الترجيح الأخير مناف لتصحيحه الانتقاض مع الشرط؛ ولهذا لم يذكر الرافعي ذلك التصحيح بل حكى عن طائفة الانتقاض وعن آخرين المنع ثم ذكر هذا الترجيح، وحاصله أنه توسط بين المقالتين فأخذ في كل ماله بقول طائفة .

الأمر الثاني : أن تعبيره في أول المسألة أو فتن مسلماً عن دينه ودعاه إلى دينهم : تعبير عجيب ؛ فإن صدره يقتضي أنه لابد من انتقال المسلم عن الإسلام وآخره يقتضي الاكتفاء بدعائه إليه ، فهل المعتبر الأول أو الثاني؟

قوله : وأما قطع الطريق والقتل الموجب للقصاص فالمذهب أنهما كالزنا

---

(١) سقط من أ .

بمسلمة .

انتهى . وتعبـيره في القتل يشمل قتل المسلم ، الذمي ، وقيـد في «التنبيه» المسألة بقـوله للمسلم، وكذا الـقول في قاطع الطريق ؛ فـإنه قال : أو فتن مـسلمـاً عن دينه أو قـتلـــه أو قطع عليـه الطريق ، وأقـــره الـنووي في تصحيحه . .

قوله : الثـالثة : حـيث حكمنا بانتقـاض العهد فـهل نبلغهم المأمن ؟ فـيه قولان : أحـدهما : نعم لأنهم دخلوا دارنا بأمـان فيبلغـون المأمن كمن دخل بأمان صبي .

وأصحـهما على ما فـي «التهذيب» وغيـره : المنع ، بل يتخيـر الإمام بين القتل والاسترقاق والمن والفداء لأنه كافر لا أمان له كالحربي . انتهى كلامه .

ذكر مثله في «الروضة» أيضاً وفيه أمران :

أحدهما : أن التخيير بين هذه الأمور ليس على إطلاقه بل شرطه أن لا يطلب الذمي الذي انتقض عهده تجديد العـهد، فإن طلب وجبت إجابته إلى عقد الذمة ولا يجوز قتله .

كذا نبه إن فعل ما يوجب حداً أقمناه عليه قبل ذلك .

الأمـر الثـاني : أن ما اقتضاه كـلامه من تصحيح عدم البلوغ إلى المأمن يشكل عليه مـا ذكره في أوائل باب الهـدنة فإنه قال بعـد هذا الموضع بنحو أربعة أوراق مـا نصه : فأما من دخل دارنا بأمـان أو مهادنة فلا يغـتال وإن انتقض عهدهم بل نبلغهم المأمن . كـذلك نقله القاضيان ابن كج والروياني وغيرهما .

هذا لفظه، مع أن حق الذمي آكد من حق المأمون والفرق بينها مشكل .

قوله : ومن قذف النبي ﷺ كفر بالاتفاق ،فإن عاد إلى الإسلام فقيل : لا شيء عليه .

وقيل : يقتل حداً لأنه حد قذف فلا يسقط بالتوبة .

وقيل : يجلد ثمانين ولو لم يقذف صريحاً لكن عرض .

وقال الإمام : الذي أراه أنه كالسب الصريح في اقتضاء الكفر لما فيه من الاستهانة . انتهى .

قال في «الروضة» : الذي قاله الإمام متعين وبه قال آخرون ، ولا نعلم فيه خلافاً .

هذا لفظه، وما ذكره من عدم الخلاف صرح به الغزالي في «البسيط» فقال : قيل : إنه يوجب التعزيز، والأظهر أنه رده. هذا لفظه .

قوله : يؤخذ على أهل الذمة أن يخفوا دفن موتاهم ولا يخرجوا جنائزهم ظاهره ولا يظهروا على موتاهم لطماً ولا نوحاً .. إلى آخر ما ذكر.

ثم قال : حكى أكثر هذا عن الحاوي، وما نقله الرافعي في المسائل الثلاث التي ذكرناها هو من جملة ما ذكره الماوردي إلا أنه قال إنها لا تجب بالعقد وفي وجوبها بالشرط وجهان، وجزم في «الأحكام السلطانية » بوجوبها إذا شرطت ،واقتضى ذلك، وقد أوضحت المسألة في باب حمل الجنازة والدفن من كتاب «الهداية إلى أوهام الكفاية» .

الباب الرابع : في عقد المهادنة

قوله في أصل «الروضة» : الشرط الثاني : أن يـكون للمسلمين إليه حاجة وفيه مصلحة . انتهى .

وذكر في «المنهاج» أنه يجـوز عقدها عند عدم المصلحة إلى أربعـة أشهر فقال : وإنما يعقد لمصلحة كضعفنا بقلة عدد وأهبة أو رجاء إسلامهم أو بذل جزية كأن لم تكن جازت أربعة أشهر . هذا لفظه .

والمذكور في «الروضة» هو الصواب، وقد وقع كذلك في «المحرر» أيضاً ولكن حصل له في اختصاره غلط .

قوله : يروى أن النـبي ﷺ لما بلغه ثالث تألب العـرب واجتمـاع الأحزاب قال للأنصار : إن العرب قد كالبتكم ورمتكم عن قوس واحدة فهل ترون أن ندفع شيـئاً من ثمـار المدينة إليهم ؟ فـقالوا : يارسـول الله إن قلت عن وحي فسمعاً وطاعة وإن قلت عن رأى فـرأيك متبع ، ولكنا لا ندفع إليهم ثمرة إلا بشرى أو قرى ونحن كفار فكيف وقد أعزنا الله تعالى بالإسلام ؟ فسر النبي ﷺ بقولهم .

اعلم أن التألب : بالتـاء المثناة والهمز والباء الموحدة هو : الاجـتماع ؛ يقال : ألب الإبل بالتـخفيف على وزن ضرب إذا جمـعها فهو تـألبها بضم الباء وكسرها وتألبوا إذا اجتمعـوا، وهمز ألب بفتح الهمزة وكسرها إذا كانوا مجتمعين قاله الجوهري .

قال : وأما كالبتكلم : فمـعناه شاذركتكم، والكالبة : المشارة، وكذلك التكالب تقول : هم يتكالبون على كذا أى يتواثبون عليه .

ثم ذكر الرافعي أيضـاً ابنى سعيه ، وقد تقدم ذكرهمـا قريبا في الطرف

الثاني من الغنيمة .

ثم قال :ورد رسـول الله ﷺ أبا بصيـر ، وكذلك أبا جندل علـى أبيه سهيل بن عمرو وهو يرسف في قيوده .

أما بصير : فهو بباء مرحدة مفتوحة على وزن كريم .

وأما جندل فـإنه بميم مفـتوحة مـبعـدها نون ساكنة ومعنـاه في اللغة : الحجر، وجمعه : جنادل .

وأما يرسف :فبالراء والسين المهملتـين ومعناه يمشي في القيود؛ نقول : رسف يرسف ويرسف أى : بالضم والكسر رسفاً بالسكون ورسفاناً .

قـوله : فـإن دعت ضـرورة إلى بذل مـال بأن كـان يعـذبون الأسـرى في أيديهم فـديناهم، أو أحـاطوا بنا وخـفنا الاصطلاح فيـجوز بذل المال ودفع أعظم الضررين بأخفهما .

وفي وجـوب بـذل المال عند الضـرورة وجـهـان بناء علـى وجـوب دفع الصائل . انتهى .

اعتـرض في «الروضة» عـلى هذا الكلام فقـال :قلت : ليس هذا البناء بصحيح لأن الصائل الكافر يجب دفعه قطعاً ، ثم الخلاف في وجوب الدفع بالقتال وهنا بالمال، والأصح وجوب البذل هنا للضرورة هذا آخر كلامه.

فأما دعـواه أن البناء ليس بصحيح فمـردود؛ فإن البناء مشهـور؛ فممن ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وصاحب «البيان» وغيرهم .

وأما دعواه أن الكافر يجب دفعه قطعاً فمحله إذا قصد النفس ولم يندفع إلا بالقتل فإن الاسـتسلام لا يجوز لما فيـه من الذل، وأما هنا فإنه لم يمكن دفعه إلا بالمال؛ فالصورة غير الصورة، والخلاف هنا له وجه؛ لأنه الذل كما يحصل بالاستسلام يحصل أيضاً ببذل المال .

وأما قوله : ثم الخلاف في وجوب الدفع بالقتال وهنا بالمال ، فمراده به أن الخـلاف مع انتفـائه في حق الكافر وثـبوته في حق المسلم خـاصة فـإنما صـورته في المسلم في القـتال وهنا في بذل المال فـكيف يأتي ؟ وجوابه مـا ذكرناه أن مجيء الخلاف فيه أيضاً ظاهر .

وأما قوله أن الصـحيح وجوب البذل هنا للضرورة فمـخالف لما قاله في آخر كتـاب السير : فإنه قـد نص هناك على استحبـاب فك الأسرى، وجزم بجوازه أيضاً لا وجوبه القاضي الحسين وإمام الحرمين والغزالي في كتبه .

بل نقل صاحب «البـيان» عن المسعـودي أنه لا يجوز أن يشتـرط الإمام للكفـار على المسـلمين مـالاً بحـال ، وكـذلك إذا كـان في أيدي الكفـار للمـسلمين مـال لا يجـوز للإمـام أن يعـاقدهم عـلى ترك ذلك المال لهم، وكذلك إذا كان في أيدينا أسير منهم لا يجوز معاقدتهم على رده .

والاصطلاح هو الاصطدام .

قـوله : فإن لم يكـن بالمسلمين ضـعف جاز أربعـة أشـهر ولا تجـوز سنة، وكذا مـا بينهمـا في أصح القولين ، وقطع أبو إسـحاق بالجـواز ،وقيل : في السنة قـولان بناهمـا بانون على أن الذمي إذا مات فـي أثناء السنة هل يجب قسط مـا مضى ؟ وخـصص هؤلاء الخلاف بما إذا مات وقـد مضى أكـثر من أربعة أشهر . انتهى ملخصاً .

فيه أمران : **أحدهـما** : أن ما ذكره في السنة من تصحيح طريقة القطع بالمنع وتضعـيف طريقة القولين قد جـزم بخلافه قبل ذلك في البـاب الثالث المعقود لترك القتل والأمان، وقد سبق ذكر لفظه .

الأمر الثـاني : أنه قد وقع لـلنووي في اختـصاره لهذا الـكلام أموراً : أولها أنه أسقط طريقة أبي إسحاق .

وثانيها : أنه عبر عن الطريقين في السنة بقوله : ولا تجوز سنة على [المذهب] (١) ، ولا يعرف منه أن الصحيح طريقة القطع أو الخلاف ولا أن الخلاف قولان أو وجهان .

ثالثهما : أن هاتين الطريقين المختلفتين في موت الذمي يؤخذ منهما قول ثالث وهو الوجوب إذا مات بعد أربعة أشهر دون الأربعة فما دونها ، وليس هذا القول مذكوراً في باب الجزية، وقد حذف النووي ذلك من «الروضة» وكأنه توهم سبق ذكره في بابه .

قوله في «الروضة» : وإن كان بالمسلمين ضعف جازت الزيادة إلى عشر سنين بحسب الحاجة، وقيل تجوز الزيادة، وقيل : تمتنع الزيادة على سنة ، وقيل : على أربعة أشهر مطلقا . انتهى .

زاد الرافعي على هذا فقال : وقيل : إن عقدت لضرورة ففي جواز الزيادة على العشر قولان ، وإن عقدت لحاجة فقيل : تجوز الزيادة على الأربعة إلى سنة، وقيل : لابد أن تنقص عن السنة . انتهى .

وتحصل من ذلك وجوه لا تؤخذ من «الروضة» .

قوله : ولو جاءت منهم مسلمة لم يجز ردها إليهم، فإن طلب زوجها ما دفع إليها من الصداق لم يجب رده في أصح القولين ، فإن أوجبنا فأسلم الزوج قبل انقضاء العدة فالنكاح مستمر وليس له طلب المهر ، وإن أسلم بعد انقضائها فإن أخذ المهر قبل إسلامه لم يسترجع منه وصار بالقبض كالمستهلك وإن لم يأخذه فإن طالب به قبل إسلامه استقر له الممر بحصول الحيلولة بإسلامها .

وعن أبي إسحاق أنه لا مهر له وإن لم يطالب به قبل إسلامه فلا شيء له لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين ولا نطالبه بالمهر بعد البينونة .

---

(١) سقط من أ .

انتهى كلامه .

وما ذكره من أن الطلب إما إن يكون قبل الإسلام أو بعده قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً وهو غير مستقيم، بل الصواب أن نقول : إما أن يكون قبل انقضاء العدة أو بعدها أي يعبر بالعدة عوضاً عن الإسلام كما عبر به البغوي في «التهذيب» والشيخ في «المهذب» وذلك لأن الرافعي علل عدم الاستحقاق في الطلب الواقع بعد الإسلام لحصول البينونة والطلب الواقع بعد انقضاء العدة فيكون كما بعد الإسلام لوجود البينونة فيهما .

واعلم أن الشيخ أبا حامد وابن الصباغ قد صرحا بأنه إذا لم يطالب قبل إسلامه لا يستحق شيئاً لكنهما علّلاه بأنه لما أسلم التزم أحكام الإسلام وليس من أحكام الإسلام المطالبة بالمهر فتعليل الشيخ أبي حامد وابن الصباغ موافق لتصويرهما، وتعليل البغوي والشيخ في «التهذيب»موافق أيضاً لتصويرهما، وأما الرافعي فأخذ تصوير ابن الصباغ وتعليل البغوي فلم ينتظم كلامه .

قال في «البيان» : فإن أسلم الزوج قبل الدخول قال الشيخ أبو حامد : إن طالب بها قبل إسلامه وجب له المهر وإن أسلم ثم طالب لم يجب.

قال ابن الصباغ : قد بانت بإسلامها، فإذا لم يكن له المطالبة [بالمهر نص عليه في الأم لأنه إذا أسلم قبل استقرار المهر له بالمطالبة] (١) فقد التزم أحكام الإسلام . هذا كلامه .

قوله في «الروضة» في هذه المسألة الأخيرة : فلو كانت الصورة بحالها ولم يكن أعطاها المهر فلما أسلم بعد انقضاء العدة أخذت المهر بسبب المسيس فهل يغرم له ذلك ؟ فيه احتمالان للإمام : أرجحهما المنع . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

وما أطلقه النووي من الترجيح لم يطلقه الرافعي وإنما نقله عن الإمام خاصة فقال : وكلام الإمام إلى عدم التغريم أميل .

قوله : وفي معنى النساء الصبيان والمجانين فلا يردون لضعفهم ولا يجوز الصلح بشرط ردهم، وإذا بلغ الصبي وأفاق المجنون فإن وصفا الإسلام فذاك انتهى . وما ذكره من عدم جواز رد المهر لأهله إذا أسلم قد ذكر ما يقتضيه أيضاً في أوائل الحضانة وخالفهما في كتاب اللقيط فصحح الجواز، وقد سبق ذكر لفظ كل موضع في بابه .

قوله : وهل يعتق العبد الذي جاء مسلماً ؟ حكى الروياني عن الحاوي أنه إن غلبهم على نفسه ثم أسلم وهاجر عتق لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، وإن أسلم ثم غلبهم على نفسه وجاءنا نظر إن فعل ذلك قبل أن هادناهم فكذلك لأنه غلب في حال الإباحة وإن فعله بعد الهدنة لأن أموالهم محرمة حينئذ لا نملكها بالقهر لكن لا يقر على ملكه . انتهى كلامه .

وما نقله عن «الحاوي» وأقره من أنه إذا أسلم ثم هاجر لا يحكم بعتقه قد نقله قبل هذا بنحو ورقة عن «التهذيب» وأشار إلى ترجيح خلافه فقال في الكلام على الأمة : ولو أسلمت ثم فارقتهم وهاجرت مسلمة فقد ذكر في «التهذيب » أنها لا تصير حرة لأنهم في أمان منا وأموالهم محظورة علينا فلا يدول الملك عليها بالهجرة بخلاف ما إذا هاجرت ثم أسلمت فإن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض فجاز أن تملك نفسها بالقهر .

ولم يتعرض جماعة لهذا التفصيل وأطلقوا الحكم بالعتق، ويجوز أن يؤخذ به وإن أسلمت ثم فارقتهم ، ويوجه بأن الهدنة حرب معنا ولم يجز معها .

هذا لفظه . وتبعه النووي في «الروضة» على الموضعين .

قوله : ثم لو جاءتهم امرأة منا مرتدة وهاجرت إلينا امرأة منهم مسلمة

وطلقـها زوجـها فـلا يغرم لهـا المهـر ولكن واحدة بواحـدة ويجعل المهـرين قـصاصـاً ،ويدفع الإمام مـهر إلى زوج المرتدة ويـكتب إلى زعيـمهم ليـدفع مهـرها إلى زوج المهاجرة . هذا إن تسـاوى القدران، فإن كـان مهر المهـاجرة أكثر صرفنا مقدار معر المرتدة منه إلى زوجها والباقي إلي زوج المهاجرة، وإن كان مهر المرتدة أكثر صرفنا مقدار مهر المهاجرة إلى زوجها والباقي إلى زوج المرتدة .انتهى كلامه .

وهذا الحكم الذي قاله غـير مستقـيم بل الصواب أن يصرف مقـدار مهر المهاجرة إلى زوج المرتدة من زعيم أهل الهدنة ، وهذا واضح، وقد صرح به هكذا صاحب «الحـاوي» وهو مقتـضى كلام المحاملى، وصـرح الغزالي في «البـسيط» بدفع مـهر المهـاجرة إلى زوج المرتدة وأن يكمل له البـاقي ثم إن شرطه النقد على الصحيح في بابه فراجعه .

تم الجزء الثامن والحمد لله رب العالمين، يتلوه إن شاء الله تعالى في أول التاسع كتاب الصيد والذبائح، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

فهرس الموضوعات

فهرس موضوعات الجزء الثامن